

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LAÍS DALAVIA DE SOUZA

Lei de Crimes Hediondos: da escolha dos crimes e das suas implicações.

CURITIBA

2014

LAÍS DALAVIA DE SOUZA

Lei de Crimes Hediondos: da escolha dos crimes e das suas implicações.

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharela em Direito no curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Professora Doutora Priscilla Placha Sá.

CURITIBA

2014

*Dedico este trabalho e esta conquista às duas pessoas mais importantes da minha vida e que estiveram presentes durante toda a minha caminhada: à minha mãe e ao meu pai, que são, verdadeiramente, os meus primeiros e grandes amores.*

*(...) como as constantes e simplíssimas leis da natureza não impedem que os planetas não se abalem em seus movimentos, assim, nas infinitas e tão opostas atrações do prazer e da dor, as leis humanas não podem impedir os abalos e a desordem.*

*Ceasare Beccaria*

*Era-me mais fácil imaginar um mundo sem criador do que um criador carregado com todas as contradições do mundo.*

*Simone de Beauvoir*

## RESUMO

O trabalho pretende analisar a Lei de Crimes Hediondos, numa tentativa de identificar os motivos e as consequências da criação da Lei nº. 8.072/1990, verificando os contextos gerais e específicos que ajudaram a fundamentar a sua criação e a seleção dos crimes que compõem o rol de delitos classificados e equiparados como hediondos, bem como destacar alguns de seus aspectos fundamentais. A Lei nº. 8.0072/1990 foi criada e aprovada em um contexto histórico bastante específico, para atender aos clamores populares e midiáticos. A referida lei relacionou os crimes considerados hediondos, seguindo o preceito constitucional do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, porém sem se ater ao real significado do termo *hediondo*. Assim, far-se-á uma análise de cada um dos crimes que compõem o rol dos crimes hediondos, bem como dos que foram a eles equiparados no citado dispositivo constitucional. Além disso, também serão analisadas as principais implicações da Lei de Crimes Hediondos, destacando-se o recrudesimento das penas e as demais consequências no tratamento penal dos crimes que passaram a fazer parte desse rol.

Palavras-chave: Lei nº. 8.072/1990. Lei de Crimes Hediondos. Política Criminal.

## **ABSTRACT**

The study aims to examine the law on heinous crimes in an attempt to identify the reasons and consequences of the creation of the Law number 8072/1990 by verifying the general and specific contexts that helped support its creation and the selection of crimes that compose the list of heinous crimes, as well as highlighting some of its fundamental aspects. Law 8072 / 1990 was created and approved in a very specific historical context, to serve the popular claims and media. The law related crimes considered heinous, following the constitutional provision of Article 5, paragraph XLIII, the Brazilian Constitution of 1988, but without sticking to the real meaning of the word heinous. Therefore, an analysis of each of the offenses that compose the list of heinous crimes, as well as those who were assimilated to those in the aforementioned constitutional provision will be made. It also will be explored main implications of the law on heinous crimes, highlighting the intensification of penalties and other consequences for the criminal treatment of the crimes that have become part of the list of heinous crimes.

**Keywords:** Law no. 8072/1990. Heinous Crimes Law. Criminal Policy.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 A LEI DE CRIMES HEDIONDOS: LEI Nº. 8.072/1990 .....</b>	<b>11</b>
2.1 O contexto e os fatores determinantes para a elaboração da Lei nº. 8.072/1990.....	11
2.3 Os conceitos de crime hediondo .....	19
<b>3. OS CRIMES HEDIONDOS.....</b>	<b>22</b>
3.1 O rol taxativo dos crimes hediondos .....	22
3.1.1 Homicídio .....	22
3.1.2 Latrocínio .....	26
3.1.3 Extorsão qualificada pela morte .....	27
3.1.4 Extorsão mediante sequestro e na forma qualificada .....	29
3.1.5 Estupro.....	30
3.1.6 Estupro de vulnerável.....	33
3.1.7 Epidemia com resultado morte.....	36
3.1.8 Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.....	37
3.1.9 Genocídio.....	39
3.1.10 Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável .....	41
3.2 Os crimes equiparados aos hediondos .....	41
3.2.1 Tortura .....	41
3.2.2 Tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins .....	42
3.2.3 Terrorismo.....	45
<b>4 IMPLICAÇÕES DECORRENTES DA LEI Nº. 8.072/1990.....</b>	<b>47</b>
4.1 A insuscetibilidade de anistia, graça e indulto .....	47
4.2 A proibição da fiança e da liberdade provisória .....	48
4.3 A questão da progressão do regime de penas na Lei de Crimes Hediondos .....	49
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>56</b>
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>58</b>
<b>7 ANEXOS .....</b>	<b>62</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo pretende tratar sobre a Lei de Crimes Hediondos, numa tentativa de identificar os motivos e as consequências da criação da mesma, analisando os contextos gerais e específicos que ajudaram a fundamentar a criação da referida lei, bem como destacar alguns de seus aspectos fundamentais.

Em 25 de julho de 1990, foi publicada a Lei nº. 8.072, que passou a integrar o ordenamento jurídico com o escopo de cumprir a ordem insculpida no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e, assim, impor tratamento penal mais severo aos crimes hediondos e aos a eles equiparados. O que se percebe com a elaboração da Lei nº. 8.072/1990 é que ela acolheu os clamores populares de uma forma que colide com os princípios penais e, vale dizer, com conteúdos constitucionais, pondo em xeque sua própria constitucionalidade.

Vale destacar a influência da mídia na formação desta e de outras leis, e que, juntamente com o clamor popular, ensejaram as diversas alterações legislativas que modificaram a lei de 1990, trazendo novos crimes, excluindo alguns outros, aumentando as penas e alterando significativamente a forma punitiva dos crimes considerados hediondos.

Os crimes hediondos, não obstante o conceito semântico do termo *hediondo*, que remete àquele revestido de repugnância, asquerosidade e sordidez, receberam tratamento meramente enumerativo na Lei nº. 8.072/1990 e são, tão somente, aqueles definidos em lei, sem levar em conta critérios de *hediondez*.

Os crimes que compõem o rol dos crimes hediondos, portanto, não guardam, necessariamente, qualquer similitude com o termo “hediondo”. Cada um dos crimes do artigo 1º da Lei de Crimes Hediondos, bem como os a eles equiparados pelo dispositivo constitucional, foi pinçado no ordenamento jurídico por fatores bastante específicos.

Concretizando uma tendência de política repressiva, o Estado pretendeu demonstrar sua capacidade de governar através do seu poder de punir, e a Lei nº. 8.072/1990 é exemplo disso. Utilizando-se de respostas penais severas e de regimes prisionais rígidos, o Estado usa a legitimidade do poder para reafirmar a força da lei, mesmo que sem sucesso no objetivo declarado que seria a diminuição da criminalidade.



Destacando as diversas críticas sobre a formulação da lei, sobre cada um dos crimes que a compõem e sobre as principais implicações da Lei de Crimes Hediondos, este trabalho visa, portanto, demonstrar que a política-criminal utilizada como escopo do recrudesimento penal dos crimes hediondos não é capaz de diminuir a criminalidade, e tão somente funda-se, mesmo que não oficialmente, na pena como mera retribuição e fere princípios e garantias fundamentais.

## **2 A LEI DE CRIMES HEDIONDOS: Lei nº. 8.072/1990**

### **2.1 O contexto e os fatores determinantes para a elaboração da Lei nº. 8.072/1990**

A Lei de Crimes Hediondos tem como fundamento o artigo 5º, inciso XLIII da Constituição da República de 1988, segundo o qual *“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”*.

Com fulcro no princípio da proporcionalidade o Constituinte reservou aos crimes de menor potencial ofensivo tratamento penal mais brando, enquanto que, aos considerados de maior repercussão social e jurídica, aplica-se tratamento penal mais severo. Assim, preocupou-se em destacar a maior gravidade da tortura, do tráfico de drogas e do terrorismo e deixou para que o legislador ordinário determinasse quais seriam os crimes hediondos mediante lei específica.

Após a promulgação da Constituição da República, o Congresso Nacional foi palco para a estreia de diversos projetos que pretendiam regulamentar o conteúdo do inciso XLIII.

Destacam-se o Projeto de Lei nº. 3.754/1989, que se preocupou com o sentido do termo “hediondo”, definido como os delitos praticados com violência à pessoa, provocando intensa repulsa social e cujo reconhecimento decorra de decisão motivada de juiz competente de acordo com a gravidade do fato ou pela maneira execução; o Projeto de Lei nº. 3.875, fixando penas superiores a vinte anos de reclusão a diversos crimes referidos na legislação penal, etiquetados como hediondos pelo mesmo; o Projeto de Lei nº. 4.272, que pretendia incluir o artigo 159, que trata da extorsão mediante sequestro e o artigo 213, sobre estupro, no rol dos crimes hediondos; o Projeto de Lei nº. 5.270/1990 propunha o aumento das penas para os crimes de extorsão mediante sequestro (o Projeto de Lei nº. 5.281/1990 propôs o seguinte texto para o crime de extorsão mediante sequestro: *“seja qual for sua duração, proibidos o livramento condicional, a prisão semi-aberta e a prisão-albergue, mesmo nos estágios finais da execução”*); até que foi elaborado o Projeto Substitutivo 5.405/1990 pelo então deputado e Relator da Comissão de Constituição

e Justiça Roberto Jefferson, que, mesclando-se aos demais projetos, alicerçou a Lei Ordinária Complementar nº. 8.072, que passou a vigor em 25 de julho de 1990, sendo denominada Lei de Crimes Hediondos.

A Lei nº. 8.072/1990 passou a integrar o ordenamento jurídico com o escopo de cumprir a ordem insculpida no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição da República e, assim, impor tratamento penal mais severo aos crimes hediondos e aos a eles equiparados. Pode-se perceber que a regulamentação dos crimes hediondos surgiu num contexto bastante específico, que gerou grande comoção e apelo social. Assim destaca Thais Vani Bemfica:

Estavam ainda causando impacto no povo os sequestros de pessoas bem situadas na vida econômica, social e política, e a mídia passou a sacudir a opinião pública, que encontrou ressonância no Poder Legislativo, e aprovou o projeto de lei do senado, através de votos de lideranças, sem qualquer discussão, logo sem legitimidade e representabilidade <sup>1</sup>.

João José Leal destacou dois fatores determinantes da Lei de Crimes Hediondos. Em primeiro lugar, o “pensamento extremamente conservador da maioria dos membros do Congresso Nacional”; em segundo “o intenso clima de violência (...) responsável por uma generalizada e indisfarçável síndrome do medo” <sup>2</sup>.

A aparição do crime de extorsão mediante sequestro na pauta social fez com que as redes de comunicação tratassem com especial ênfase o tema, tendo em vista que esse crime atingia as altas camadas sociais e até então não aparecia com frequência nas estatísticas, “criando ao mesmo tempo, um sentimento geral de insegurança e uma exigência de rigor maior no combate a toda criminalidade violenta” <sup>3</sup>.

O Rio de Janeiro viu dois de seus maiores empresários, Roberto Medina e Abílio Diniz, serem alvos de extorsão mediante sequestro, fatos amplamente divulgados pela mídia e que instauraram na sociedade brasileira a sensação de insegurança.

Vale destacar dois pontos fundamentais para entender o “alvoroço” e o impacto que estes fatos produziram na coletividade. Em primeiro lugar, o papel do “espetáculo midiático” demonstra a influência da mídia na formação desta lei e de

<sup>1</sup> BEMFICA, Thaís Vani. **Crimes Hediondos e Assemelhados: Questões Polêmicas**, p. 6-7.

<sup>2</sup> LEAL, João José. **Crimes Hediondos**, p. 15- 16.

<sup>3</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**, p. 159.

outras, e, no geral, na produção do medo, principalmente o medo advindo das consequências do modo de produção capitalista.

Sobre a influência da mídia na elaboração da política criminal, Maria Nazareth Vasques Mota destaca:

A mídia, cada vez mais tem participação na política criminal e atua de forma eficaz na elaboração de leis que representam contundente retrocesso, conforme se constata com a edição da lei de crimes hediondos (...) <sup>4</sup>.

Marilena Chauí também faz uma análise interessante a respeito do poder exercido pela mídia, e também sobre a transformação do medo de acordo com a evolução da sociedade. Na sociedade burguesa, os homens têm medo dos próprios homens e procuram em uma instância superior a segurança para a garantia dos direitos:

No caso da modernidade, o que se afirma é que o medo recíproco entre os homens e os crimes que cometem uns contra os outros jamais terão fim se não for instituída uma instância, separada deles e superior a eles, a qual se possa conferir o direito do exercício de coerção e da vingança impessoais, cuja consecução depende da clara definição dos direitos e deveres dos homens enquanto indivíduos vivendo em sociedade, mas também da clara definição de a quem cabe o direito de exercer a coerção e a vingança impessoais, ou seja, os direitos do homem enquanto indivíduo são inseparáveis de seus direitos enquanto cidadão, o qual confere ao Estado o direito ao “uso legal da violência”, para citar Weber <sup>5</sup>.

Outro ponto destacável, intimamente relacionado com o aspecto da mídia, é a questão da “sensação de insegurança” e a formação do “medo”, principalmente nas sociedades capitalistas. Winfried Hassemer explica que “não é a ameaça real da criminalidade e da violência que constitui o fator decisivo para a política de segurança pública, mas sim a percepção de tal ameaça pela coletividade” <sup>6</sup>. Percebendo a ameaça (os meios de comunicação se fazem imperiosos nessa atuação), a população canaliza a sensação de insegurança em reivindicações pela atuação coercitiva do Estado.

<sup>4</sup> MOTA, Maria Nazareth Vasques. **A política criminal: faces da justiça**. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia\\_criminalidade\\_maria\\_vasques\\_mota.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_maria_vasques_mota.pdf). Acesso em 25/06/2014.

<sup>5</sup> CHAUI, Marilena. **Simulacro e poder: uma análise da mídia**, p. 93-94.

<sup>6</sup> HASSEMER, Winfried. **A segurança pública no Estado de Direito**, p. 106-107.

E é esse clamor da população em geral por uma maior intervenção do sistema penal, em função do “medo” produzido, que, segundo Maria Lúcia Karam, legitima a ampliação do poder punitivo do Estado:

É o Estado, portanto, que, com a falsa solução penal, cria esta modalidade, dela se valendo para, através do medo e da insegurança provocados por suas ações reais ou imaginárias, provocar o apelo à autoridade e à ordem e, assim, ampliar o poder de punir e intensificar o controle sobre a generalidade dos indivíduos<sup>7</sup>.

No entanto, vale dizer que o apelo à autoridade e à ordem, que conduz à ampliação do poder de punir do Estado, acaba por permitir o rompimento com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (dignidade da pessoa humana, individualização da pena, isonomia, proporcionalidade, dignidade física e moral do preso, por exemplo).

Nesse sentido, faz-se oportuno trazer uma das definições de criminologia escolhida por Vera Batista, feita por Eugênio Raúl Zaffaroni, para o qual a criminologia é o “saber e arte de despejar discursos perigosistas”<sup>8</sup>. Segundo a autora, é histórica a utilização do medo, e aí entram os “discursos perigosistas” de Zaffaroni, na legitimação do poder punitivo.

Também na categoria de longa duração, do século XIV ao XVIII Jean Delemeau vai trabalhar a utilização do medo para a construção de uma mentalidade obsidional na Europa cristã, cercada pelas pestes, na conjuntura da expulsão dos mouros e judeus e nos movimentos do cisma e das reformas na Igreja Católica. Se a criminologia corre o risco de ser “saber e arte de despejar discursos perigosistas”, conhecer o eixo dos medos é traçar o caminho das criminalizações e identificar os criminalizáveis<sup>9</sup>.

A questão criminal, por sua vez, relaciona-se com a “posição de poder e as necessidades de ordem de uma determinada classe social”<sup>10</sup>. A política criminal coloca como alvo pessoas vítimas da seletividade e vulnerabilidade do sistema penal que afinal reproduz um sistema e desigualdades sociais pertinentes à luta de classes e à demanda por ordem.

---

<sup>7</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Segurança pública e processo de democratização**, p. 173.

<sup>8</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**, p. 17.

<sup>9</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**, p. 24.

<sup>10</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**, p. 23.

Política criminal é a forma como o Estado administra o crime e a criminalidade, estabelecendo critérios e programas para tanto.

René Ariel Dotti a conceitua como

(...) o conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado procura prevenir e reprimir as infrações penais, além de propor condições para a harmônica integração social do condenado. Em síntese, é a sabedoria legislativa do Estado para realizar esses objetivos <sup>11</sup>.

Para Juarez Cirino dos Santos, política criminal é o “programa oficial de controle social do crime e da criminalidade”, que se confunde, no caso brasileiro, com uma “simples política penal instituída pelo Código Penal”. Assim, a política criminal do Brasil “exclui políticas públicas (...) capazes de alterar ou reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada”, ou seja, as determinações estruturais do crime e da criminalidade.

Logo, se a política penal constitui o programa oficial para enfrentar o problema social do crime e da criminalidade, então o Direito Penal, como formulação legal desse programa oficial (...), realiza o programa de controle social do crime e da criminalidade <sup>12</sup>.

Desse modo, no Brasil não é aplicada uma política criminal, e sim uma *política penal*. A resposta para a questão criminal é instituída pelo Código Penal, definindo crimes, aplicando as penas e fazendo a execução penal.

Tendo que política criminal está intimamente ligada à política social <sup>13</sup>, é imprescindível destacar a primeira das lições de Alessandro Baratta, citado por Vera Malaguti Batista: “não reduzir a política de transformação social à política penal (...)”

<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> “A política criminal é o conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado procura prevenir e reprimir as infrações penais, além de propor condições para a harmônica integração social do condenado. Em síntese, é a sabedoria legislativa do Estado para realizar esses objetivos”. DOTTI, René Ariel. **Crimes hediondos e a progressão do regime de execução da pena privativa de liberdade**, p. 403.

<sup>12</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal parte geral**, p. 459.

<sup>13</sup> MOTA, Maria Nazareth Vasques. **A política criminal: faces da justiça**, p. 03. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia\\_criminalidade\\_maria\\_vasques\\_mota.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_maria_vasques_mota.pdf). Acesso em 17/10/2014.

<sup>14</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**, p. 29.

## 2.2 As alterações posteriores

A Lei nº. 8.072/1990 trouxe um rol específico de crimes em seu artigo 1º: latrocínio (artigo 157, parágrafo 3º, *in fine*); extorsão qualificada pela morte (artigo 158, parágrafo 2º), extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (artigo 159, *caput* e parágrafos 1º e 2º); estupro (artigo, 213, *caput*, e sua combinação com o artigo 223, *caput*, e parágrafo único); epidemia com resultado morte (artigo 267, parágrafo 1º); envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (artigo 270, combinado com o artigo 285), todos do Código Penal, e o genocídio (artigos 1º, 2º e 3º da Lei 2.889/56), tentados ou consumados.

Percebe-se que o homicídio não constou nesta redação original da lei, e essa ausência representou uma lacuna da lei apontada pela doutrina como uma grave “contradição jurídica e uma demonstração evidente da inconveniência político-criminal da Lei de Crimes Hediondos em seu todo” <sup>15</sup> trazendo à baila a discussão a respeito da legitimidade ético-jurídica da Lei de Crimes Hediondos.

A ausência do homicídio no rol dos crimes hediondos foi superada 04 anos depois pela Lei nº. 8.930 de 1994. O emblemático caso do homicídio da atriz Daniela Perez e as chacinas da Candelária e do Vigário Geral ocorridas no Rio de Janeiro “deram o pano de fundo necessário para que os meios de comunicação social iniciassem uma ampla e intensa campanha com o objetivo de incluir o delito de homicídio no rol dos crimes hediondos” <sup>16</sup>. Vale destacar que a inclusão do homicídio não teve qualquer significação, uma vez que não houve mudança alguma na cominação penal do tipo, nem tampouco reduziu as ações criminosas, assim como tampouco em boa parte dos outros tipos penais constantes na Lei de Crimes Hediondos.

Portanto, a Lei nº. 8.930/1994 incluiu no rol dos crimes hediondos o homicídio simples executado em atividade típica de grupo de extermínio e o homicídio qualificado, em todas as suas hipóteses, e retirou o *caput* do artigo 213 (estupro) bem como o envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285). Desta forma, o rol dos crimes considerados como hediondos, passou a contar com sete

<sup>15</sup> LEAL, João José. **Crimes Hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90**, p. 15.

<sup>16</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**, p. 175.

incisos, trazendo crimes previstos no Código Penal, incluindo na Lei de Crimes Hediondos os delitos tipificados como *homicídio* (qualificado ou praticado em atividade típica de grupo de extermínio), *latrocínio*, *extorsão qualificada pela morte*, *extorsão mediante sequestro e na forma qualificada*, *estupro*, *atentado violento ao pudor*, *epidemia com resultado morte*. Além disto, a mesma lei incluiu o parágrafo único, que se referiu ao *genocídio*, crime tipificado em lei esparsa.

Quatro anos depois dessa última alteração, duas novas leis foram promulgadas, uma em seguida da outra, a segunda para corrigir a primeira. A Lei nº. 9.677, de 02 de julho de 1998 foi elaborada em resposta ao escândalo da falsificação dos medicamentos, que veio a público pela mídia após o governo ter descoberto 138 medicamentos falsos à venda nas farmácias, entre eles remédios contra o câncer de próstata e anticoncepcionais, e alterou significativamente a redação dos art. 272 e 273 do Código Penal. No entanto, a ementa da lei incluía os delitos nela mencionados como crimes hediondos, mas nada falava no corpo do texto sobre tal inclusão <sup>17</sup>.

Foi, então, publicada a Lei nº. 9.695, de 20 de agosto de 1998, que incorporava aos crimes hediondos os delitos do artigo 272 e 273, inclusive na modalidade culposa, ambos com a nova redação da Lei nº. 9.677/1998. Porém, o inciso VII-A que incluía o artigo 272 do Código Penal no rol dos crimes hediondos foi vetado pelo Presidente da República, que entendeu que essa qualificação afrontaria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, banalizando o significado da qualificação de um determinado crime como hediondo <sup>18</sup>.

Outra significativa alteração da Lei de Crimes Hediondos ocorreu com a Lei nº. 12.015/2009, que revogou a figura do crime de atentado violento ao pudor, passando a conduta típica a ser disciplinada juntamente com o delito de estupro, além de criar a figura do estupro de vulnerável. O crime de estupro, já previsto como hediondo desde a Lei nº. 8.072/1990 no inciso V do artigo 1º, agora, com a Lei nº. 12.015/2009, tem o *caput* do artigo 213 do Código Penal, bem como os parágrafos 1º e 2º incluídos no rol dos crimes hediondos.

As alterações posteriores da Lei de Crimes Hediondos e a fixação final do rol dos crimes hediondos demonstram que o direito penal é chamado para resolver os problemas que são tidos como exclusivamente criminais, procurando uma resposta

---

<sup>17</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, p. 177.

<sup>18</sup> Mensagem de veto no Anexo 01.



“penitenciária” aos problemas da sociedade, quer eles existam de fato ou não, de modo a acalmar a opinião pública e atender aos reclamos dos meios de comunicação.

O “uso simbólico”<sup>19</sup> do direito penal é reflexo de uma sociedade descomprometida com a origem do problema e que procura respostas em curto prazo, medidas urgentes e punições severas, na ingênua ilusão que, dessa forma, se possa refrear a ascensão da criminalidade. A influência dos pressupostos do Movimento da Lei e da Ordem<sup>20</sup>, nesse aspecto, é inegável. Isso porque o Movimento da Lei e da Ordem torna possível uma atuação estatal mais repressiva. Aciona-se a máquina estatal com o escopo de promover valores ético-sociais e transmitir à população uma falsa sensação de segurança, ou ainda para satisfazer finalidades políticas, uma vez que o crime, para elas, é um espetáculo rentável.

Löic Wacquant, sobre a gestão da “segurança criminal” que também pode ser identificada na elaboração e posteriores alterações da Lei de Crimes Hediondos, a equipara a um espetáculo que serve para ser visto e exibido, sem qualquer responsabilidade com a realidade.

O manejo da lei-e-ordem (...) deforma a realidade até o grotesco, extrai artificialmente os comportamentos delinquentes da trama das relações sociais nas quais estão enraizados e fazem sentido, ignora deliberadamente suas causas e seus significados, e reduz seu tratamento a uma sequência de iniciativas previsíveis, muitas vezes acrobáticas, às vezes até mesmo inverossímeis, resultante do culto do desempenho ideal, mais do que da atenção pragmática ao real<sup>21</sup>.

Ainda, destaca a falsa sensação de aumento da criminalidade, fator que justificaria um “estado de emergência”, mostrando que *“não foi tanto a criminalidade*

<sup>19</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**, p. 179

<sup>20</sup> “Fundamentado no regime punitivo-retributivo esse movimento (da Lei e da Ordem) defende dentre outras medidas: a pena como castigo e retribuição, verdadeira “vingança”; o aumento das penas aos crimes chamados hediondos; o aumento da pena de reclusão da liberdade e que sejam cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima, sendo o condenado submetido a um excepcional regime de severidade, diverso daquele destinado aos demais condenados. Dessa maneira, a segurança pública é concebida como uma metáfora à guerra, onde os cidadãos infratores são vistos como inimigos, nesse sentido, ‘(...) não se trata de administrar o conflito cotidiano e a constante transgressão da lei, mas de sair vitorioso no combate à criminalidade, erradicando-a da sociedade’. O movimento ou teoria da ‘Lei e Ordem’ constitui-se verdadeira política de propaganda do poder punitivo máximo. O direito penal simbólico, característico desse movimento, faz com que a sociedade mergulhe numa situação ainda mais caótica, com leis inconstitucionais, penas desproporcionadas, presídios superlotados, e ainda, um sentimento de medo e pavor amplamente difundidos no seio social”. FERREIRA, Allan Hahneman. **“Tolerância zero” e “lei e ordem”**, p. 08. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3853.pdf>. Acesso em 17/10/2014.

<sup>21</sup> WACQUANT, Löic. **Punir os pobres**, p. 09-11.

*que mudou*”. Mudou o olhar que a sociedade lança para determinadas situações tidas como criminosas e para os seus supostos executores <sup>22</sup>.

### 2.3 Os conceitos de crime hediondo

São três os possíveis critérios de classificação do crime hediondo. Pelo critério legal, cabe à lei dizer quais são os crimes hediondos, exatamente como faz a Lei nº. 8.072/1990, enumerando-os de forma exaustiva. O critério judicial, por sua vez, dá ao juiz um poder discricionário para que em cada caso concreto possa decidir sobre a hediondez do crime. Por fim, adotando-se um critério misto, o legislador estabelece, em um primeiro momento, um rol de crimes considerados hediondos, para que, na aplicação no caso concreto, o juiz possa, por interpretação analógica, qualificar outros delitos como igualmente hediondos.

De pronto é possível perceber que o critério adotado pelo legislador brasileiro na elaboração da Lei de Crimes Hediondos é o critério legal. No entanto, com a mesma facilidade de identificação do critério adotado pode-se também mencionar as críticas a essa escolha. O sistema legal ou legislativo de classificação do crime hediondo é, segundo Alberto Silva Franco, o primeiro e principal pecado da Lei de Crimes Hediondos. Ele destaca a inconstitucionalidade e a ineficiência da lei ao selecionar arbitrariamente, sem qualquer método ou critério os tipos penais que incorporam os crimes hediondos <sup>23</sup>. Na mesma linha critica João José Leal, que considera a escolha dos tipos penais baseada em critério de natureza formal uma consequência “de pura e equivocada conveniência de política criminal praticada em certo momento, como expressão categórica do poder discricionário estatal” <sup>24</sup>.

O conceito semântico do termo *hediondo* significa:

Um ato profundamente repugnante, imundo, horrendo, sórdido, ou seja, um ato indiscutivelmente nojento, segundo os padrões da moral vigente. (...) que causa profunda e consensual repugnância por ofender de forma acentuadamente grave, valores morais de indiscutível legitimidade, como o sentimento comum de piedade, de fraternidade, de solidariedade e de respeito à dignidade da pessoa humana <sup>25</sup>.

<sup>22</sup> WACQUANT, Löic. **Punir os pobres**, p. 29.

<sup>23</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**, p. 166-169.

<sup>24</sup> LEAL João José. **Crimes Hediondos. Aspectos Político-jurídicos da Lei nº 8.072/90**, p. 23-24.

<sup>25</sup> LEAL João José. **Crimes Hediondos. Aspectos Político-jurídicos da Lei nº 8.072/90**, p. 21.

João José Leal lembra, também, que a hediondez ligada a uma conduta relaciona-se diretamente com os padrões e valores morais de uma sociedade e que são passíveis de manipulações pelos segmentos seus dominantes <sup>26</sup>.

Segundo Antonio Lopes Monteiro, o termo “hediondo” nunca havia sido empregado no direito penal brasileiro até a Constituição de 1988 <sup>27</sup>, que remeteu à legislação ordinária a tarefa de definir os crimes hediondos. Porém, ao invés de “fornecer uma noção, tanto quanto explícita, do que entendia ser a hediondez do crime” <sup>28</sup>, optou o legislador por dar aos crimes hediondos tratamento meramente enumerativo pela rotulação de tipos preexistentes na Lei nº. 8.072/1990.

O crime hediondo, que deveria ser aquele revestido de repugnância, asquerosidade e sordidez, partindo-se da semântica do termo *hediondo*, é, tão somente, aquele definido em lei, sem levar em conta critérios de *hediondez*. João José Leal <sup>29</sup> explica que as circunstâncias ou condições do caráter de hediondez podem não estar presentes no cometimento de todos os crimes tipificados como hediondos, e ainda assim serão tratados como tal, devido a um equívoco do legislador ao adotar (ou não adotar) determinados critérios na confecção da Lei 8.072.

Para Guilherme Souza Nucci <sup>30</sup>, esse modelo enumerativo para a definição dos crimes hediondos traz, por um lado, a segurança na limitação da aplicação da lei: somente são hediondos os delitos ali constantes. Outros crimes, ainda que tão ou mais graves estão excluídos.

Entretanto, a opção legislativa não é tão clara assim. Um exemplo dessa nebulosidade é falta de parâmetros na “escolha” dos crimes a serem considerados hediondos. A título de exemplo, considerava-se hediondo o envenenamento de água potável e não o homicídio qualificado.

Não é pacífica a crítica ao critério adotado, entretanto. A catalogação das infrações penais tidas como hediondas conforme o sistema legal se coaduna com o princípio da legalidade e é acertada, nos dizeres de Alberto Zacharias Toron:

---

<sup>26</sup> LEAL, João José. **Crimes Hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90**, p.

<sup>27</sup> MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**, p. 16.

<sup>28</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**, p. 166.

<sup>29</sup> LEAL, João José. **Crimes Hediondos: aspectos político-jurídicos da lei 8.072/90**, p. 26

<sup>30</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, p. 595.

Por isso, ainda que sujeito a críticas pela eventual omissão na elaboração do rol dos crimes que deveriam ter sido qualificados como hediondos ou, por outra, por indevida inclusão, o melhor caminho foi mesmo o seguido pelo legislador que se aproveitou do caráter indeterminado da expressão “crimes hediondos” contida na Constituição para fazer escolhas amplamente discricionais<sup>31</sup>.

Não seria possível, assim, a garantia da legalidade se fosse outro o critério adotado, uma vez que o termo “hediondo” é amplo (elástico, em suas palavras) e revestido de carga até mesmo emocional e variável, o que deixaria ao arbítrio da formação ideológica ou cultural do juiz a identificação de determinado crime como mais ou menos reprovável.

Por fim, cumpre ressaltar que os crimes arrolados nesta lei não guardam, em alguns casos, qualquer consonância com o significado real da palavra hediondo, e não necessariamente fazem referência a crimes sórdidos, asquerosos, revestidos de crueldade. Hediondo para a Lei nº. 8.072/1990 é apenas um rótulo, uma etiqueta legal, que se deu a determinados crimes que foram pinçados de dentro do ordenamento penal pelo legislador a fim de atender uma demanda social e política, que tudo tem a ver com uma política criminal repressora e baseada nos preceitos da Lei e da Ordem, mas que em nada se relaciona com a real função da legislação penal, que é de limitação do poder repressivo estatal, inserida em última instância numa função de proteção aos bens jurídicos, ademais, proporcional.

---

<sup>31</sup> TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos: o mito da repressão penal**, p. 97-98.

### 3. OS CRIMES HEDIONDOS

#### 3.1 O rol taxativo dos crimes hediondos

A lei de Crimes Hediondos classificou, em sua redação original de julho de 1990, quais eram os crimes considerados hediondos no artigo primeiro, que possuía apenas o *caput*, e selecionou os crimes de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, todos do Código Penal, e de genocídio (artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº. 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados.

Além destes, o artigo 2º, *caput*, da Lei nº. 8.072/1990, em consonância com o disposto no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição da República de 1988, determinou que, além dos crimes hediondos, os crimes de *prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*, e o *terrorismo*, equiparam-se a estes nas hipóteses citadas dentre os incisos e parágrafos do mesmo artigo.

A Lei nº. 8.930, que entrou em vigor em 07 de outubro de 1994, revogou o artigo primeiro da Lei nº. 8.072/1990 e o substituiu. A nova redação incluiu o homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente e homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos. Além disso, excluiu o crime de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), bem como o *caput* do artigo 213 (estupro).

Com as demais alterações, já comentadas, trazidas pelas Leis nº. 9.695/1998, 9.677/1998, 12.015/2009 e 12.978/2014, atualmente os crimes classificados como hediondos são os seguintes, consumados ou tentados:

##### 3.1.1 Homicídio

O inciso I do artigo 1º da Lei de Crimes Hediondos traz a figura do homicídio simples, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que

cometido por um só agente, bem como todas as modalidades de homicídio qualificado, para comporem o rol dos crimes considerados como hediondos.

No entanto, vale destacar a incongruência e a falha técnica da lei ao incluir o homicídio simples hediondo, no modo como foi feito. A única forma de o homicídio simples ser alcançado pela alcunha de hediondo é quando for praticado em *atividade típica de grupo de extermínio*. O que é, entretanto, uma atividade típica de grupo de extermínio não se diz, nem na Lei de Crimes Hediondos, nem em qualquer outra lei do ordenamento penal brasileiro. Veja-se que a Lei nº. 12.720/2012, que dispõe “sobre os crimes praticados por grupos de extermínio ou milícias privadas”<sup>32</sup> descreve as condutas necessárias para a constituição de uma milícia privada, porém se mantém silente no que diz respeito aos grupos de extermínio. Para não faltar incoerências, a Lei de Crimes Hediondos não foi alterada após a promulgação da Lei nº. 12.720/2012, deixando de fora do rol dos crimes hediondos os praticados por milícias privadas.

A Lei de Crimes Hediondos acrescentou ao homicídio simples uma nova circunstância que não tem similar no direito penal vigente, uma vez que não é qualificadora, não era causa especial de aumento de pena (tornou-se, entretanto, a partir da Lei nº. 12.720/2012) e nem é agravante<sup>33</sup>.

À palavra “grupo” poder-se-ia relacionar o tipo previsto no artigo 288 do Código Penal<sup>34</sup>, que trata do crime de associação criminosa<sup>35</sup>. Neste, são necessários requisitos como a composição de três ou mais agentes, vínculo associativo permanente (não ocasional) e escopo de prática de crimes indeterminados. Seria segundo Alberto Silva Franco, “a única ‘atividade típica’ que poderia servir de parâmetro ao ‘grupo de extermínio’”, concluindo ao dizer que:

(...) se o novo inciso tivesse obedecido a um equacionamento técnico mais apurado, bastaria inserir entre os crimes hediondos os que tivessem sido

<sup>32</sup> BRASIL, Lei n. 12.720, de 27 de Setembro de 2012.

<sup>33</sup> LEAL, João José. **Crimes hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº. 8.072/90**, p. 53.

<sup>34</sup> Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

<sup>35</sup> Com a Lei nº. 12.850/2013, o artigo 288 do Código Penal foi alterado, retirando a expressão “quadrilha ou bando” e substituindo-a por “associação criminosa”. O mínimo de quatro pessoas (mais de três, na expressão anterior) passou a ser de apenas três (três ou mais pessoas, de acordo com a alteração da nova lei). Entre outras “inovações” que ela traz, a Lei nº. 12.850/2013 tornou-se outra desnecessária expansão do direito penal.

praticados por pessoas associadas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometimento de homicídios, em série <sup>36</sup>.

Poder-se ia, ainda, relacionar a expressão “grupo” ao disposto pela Lei nº. 12.850/2013, que, além da alteração no tocante à quadrilha ou bando/associação criminosa, também trata da organização criminosa <sup>37</sup>. Esta, tipificada no §1º do artigo 1º, deve ser composta por quatro ou mais pessoas, em uma estrutura ordenada e com divisões de tarefas (ainda que informalmente), que tenham como escopo a obtenção de vantagem mediante a prática de delitos que sejam apenados com mais de quatro anos de privação de liberdade.

Porém, isso não foi feito, deixando-se de especificar um número mínimo de agentes para este delito, que é uma figura plurissubjetiva, e colocando nas mãos do juiz ou do intérprete da lei a tarefa de quantificá-la. Este vazio legislativo, no que diz respeito à figura da “atividade típica de grupo de extermínio” afronta princípios constitucionais como o da legalidade, da anterioridade e da reserva legal <sup>38</sup>.

Não bastasse a falta de definição de “grupo”, considera-se que o homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio possa ser cometido por “um só agente” <sup>39</sup>, não havendo a necessidade de o homicídio ser diretamente praticado por um “grupo de extermínio”. Basta que um único agente, motivado pela ideia de integrar uma ação coletiva de extermínio, pratique o delito com o escopo de contribuir para essa ação coletiva. No entanto, para completar a deficiência da técnica legislativa adotada pela Lei de Crimes Hediondos, nada é especificado quanto à expressão “extermínio”. Destaca-se a impropriedade da expressão pelo fato de que o número de “exterminados” é absolutamente indiferente. Pode ser, inclusive, uma única vítima, desde que esta faça parte de um grupo de pessoas que tenham algo em comum e contra o qual a ação do “grupo” é dirigida.

Outro fato a ser apontado em relação ao homicídio simples praticado em atividade típica de grupo de extermínio é que no Tribunal do Júri, órgão competente

<sup>36</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, p. 551. A edição do livro é anterior à lei 12.850/2013, que alterou o artigo 288 do Código Penal.

<sup>37</sup> A Lei nº. 12.720/2012 também incluiu o §6º ao artigo 121 do Código Penal, de modo a aumentar a pena do crime de homicídio de 1/3 até a metade se for praticado por milícia privada, sob pretexto de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio.

<sup>38</sup> MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**, p. 24.

<sup>39</sup> Esta redação dá margem a uma possível interpretação de que o “grupo” pudesse ser formado por um único agente, acentuando ainda mais a incongruência do dispositivo.

para julgar os crimes dolosos contra a vida, os julgamentos de casos de homicídio simples hediondo, a condição da “atividade típica de grupo de extermínio” deve, após a vigência da Lei nº. 12.720/2012, constituir quesito próprio e específico aos jurados, na forma do artigo 483, inciso V do Código de Processo Penal <sup>40</sup>, uma vez que se trata de causa de aumento da pena. Antes da referida lei, essa condição era considerada agravante e não era quesitada, apesar de servir ao juiz como parâmetro para a fixação da pena base.

Por fim, há que se falar da dificuldade prática da existência no mundo real de um homicídio simples hediondo. É de se convir que um homicídio praticado em ação típica de grupo de extermínio é, no mínimo, qualificado pela circunstância subjetiva do motivo torpe <sup>41</sup>, ou, ainda, dependendo do caso, pela circunstância objetiva do meio insidioso, como a tortura, crueldade, traição ou qualquer meio que dificulte a defesa da vítima. Assim, a Lei de Crimes Hediondos, com a alteração que incluiu a possibilidade de um homicídio simples na forma hedionda, criou uma antinomia entre as duas hipóteses de homicídio hediondo referidas no dispositivo <sup>42</sup>. A lei descreve uma circunstância (praticado em atividade típica de grupo de extermínio), que por si só, poderia ser uma qualificadora do crime de homicídio, porém o mantém no seu tipo básico (homicídio simples). O tipo penal continua, dessa forma, a ser simples, mantendo a pena mínima de seis anos, mas agora revestido pela etiqueta legal da hediondez.

Quanto à inclusão de todas as formas qualificadas do homicídio, dispostas no §2º do artigo 121 do Código Penal, há de se considerar que mesmo com o rótulo legal de “hediondo”, nada foi modificado em relação à pena mínima do homicídio qualificado. Isso demonstra, mais uma vez, a “distorção punitiva” que já podia ser averiguada entre os crimes patrimoniais com resultado morte e as formas qualificadas de homicídio. Enquanto os primeiros delitos contam com penas mínimas de vinte e quatro (extorsão mediante sequestro com resultado morte) e vinte anos (latrocínio), a

<sup>40</sup> Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: I – a materialidade do fato; II – a autoria ou participação; III – se o acusado deve ser absolvido; IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

<sup>41</sup> Segundo Heleno Fragoso, “torpe é o motivo que ofende gravemente a moralidade média ou os princípios éticos dominantes em determinado meio social”. FRAGOSO, Heleno. **Homicídio qualificado. Motivo fútil e motivo torpe.** Disponível em: [http://www.fragoso.com.br/eng/arq\\_pdf/heleno\\_artigos/arquivo21.pdf](http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo21.pdf). Acesso em 03/09/2014.

<sup>42</sup> LEAL, João José. **Crimes Hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90**, p. 54.



pena mínima para o homicídio qualificado permanece em doze anos. Nesse sentido, destaca João José Leal:

Não há dúvidas de que, neste tocante, a LCH trabalhou com dois pesos e duas medidas, ao sancionar os autores dos crimes classificados como hediondos. A discrepância é evidente, e a regra da equidade, que impõe igual tratamento para situações jurídicas semelhantes, foi aqui seriamente afrontada. Por outro lado, vale a mesma crítica para o tratamento dispensado ao homicídio simples cometido em conduta típica de grupo de extermínio. Embora rotulado de hediondo, teve sua pena mantida entre o mínimo de seis e o máximo de 20 anos de reclusão <sup>43</sup>.

A última observação em relação ao homicídio como ocupante das cadeiras reservadas ao espetáculo da hediondez se faz necessária para afastar qualquer possibilidade de se considerar o homicídio qualificado-privilegiado como merecedor do mesmo rótulo dispensado ao homicídio simples praticado em atividade típica de grupo de extermínio e às hipóteses de homicídio qualificado. Isso porque, o homicídio somente pode ser, além de privilegiado, qualificado, se a circunstância qualificadora for de caráter objetivo. Sendo as circunstâncias de privilégio obrigatoriamente subjetivas, no entendimento de Damásio de Jesus, citado por Alberto Silva Franco <sup>44</sup>, e corroborado pela maioria doutrinária, a natureza subjetiva do privilégio se sobrepõe à natureza objetiva da qualificadora, e o reconhecimento do privilégio irá, obrigatoriamente, descaracterizar a qualificadora. Assim sendo, não há que se falar em homicídio qualificado-privilegiado como sendo considerado crime hediondo.

### 3.1.2 Latrocínio

O art. 157 do Código Penal define o tipo penal roubo, sendo que o seu §3º, em sua parte final traz a descrição da conduta do latrocínio, que nada mais é do que a figura qualificada do *caput*:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: § 3º Se da violência (...) resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa <sup>45</sup>.

<sup>43</sup> LEAL, João José. **Crimes Hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90**, p. 51.

<sup>44</sup> JESUS, Damásio Evangelista. **O homicídio, crime hediondo**. Boletim do IBCCrim, nº. 22, p.1, citado por FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, p. 559.

<sup>45</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de Dezembro de 1940.

Já aí se percebe a falha técnica da Lei de Crimes Hediondos, ao utilizar o *nomen juris* diverso do trazido pelo Código Penal. Abriu, dessa forma, espaço para possíveis divergências quanto à interpretação do “roubo seguido de morte” e sobre suas formas dolosa e culposa, no que toca à superveniência da morte.

A denominação “latrocínio” é originária da Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal <sup>46</sup> e foi trazida para a redação original da Lei de Crimes Hediondos, que, apesar de não mudar o conceito do crime em questão, alterou o tratamento penal a ele conferido, aumentando a pena privativa de liberdade mínima de quinze para vinte anos de reclusão <sup>47</sup>.

Não obstante às divergências doutrinárias, faz-se importante destacar que o tipo penal do latrocínio, que é uma espécie de crime complexo formado a partir da fusão de dois delitos, o roubo e o homicídio, prevê uma ação dolosa inicial (roubo) e um resultado morte que “decorre de um proceder culposo do agente na execução do delito roubo” <sup>48</sup>. Assim sendo, não é admissível a possível interpretação de que, para enquadrar-se o latrocínio em crime hediondo, o homicídio devesse, necessariamente, ser praticado na forma dolosa. Sobre isso, Alberto Silva Franco se posiciona:

A manobra de dar nome de latrocínio à forma qualificada pelo resultado ‘morte’ para daí extrair-se a conclusão de que se pune tal resultado, sob a ótica exclusiva do dolo, constitui ofensa grave ao princípio constitucional da legalidade na medida em que admite o recurso à analogia incriminadora <sup>49</sup>.

Ainda, é possível recorrer à outra falha grave no tocante ao delito de latrocínio. Este, na verdade, não passa de construção doutrinária e jurisprudencial, uma vez que, rigorosamente, não está previsto ou tipificado expressamente em lugar algum do ordenamento jurídico brasileiro, assim como tampouco está o terrorismo, crime que foi equiparado aos hediondos e do qual se tratará adiante, violando por completo o princípio constitucional da legalidade.

### 3.1.3 Extorsão qualificada pela morte

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº. 610. “Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não se realize o agente a subtração de bens da vítima”.

<sup>47</sup> A redação do parágrafo 3º do artigo 157 do Código Penal foi alterada pela Lei nº. 9.426/1996.

<sup>48</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**, p. 562.

<sup>49</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**, p. 564.

A Lei nº. 8.072/1990 aumentou a punição do crime de extorsão qualificada pelo resultado morte ao incluir o artigo 158, §2º do Código Penal na lista dos crimes hediondos, elevando a pena mínima para vinte anos de reclusão, por equiparação ao artigo 157, §3º.

Em 2009, a Lei nº. 11.923 trouxe para o ordenamento penal a tipificação expressa, com a inclusão do §3º ao artigo 158 do Código Penal, da figura conhecida como “sequestro relâmpago”, a qual se caracteriza pela extorsão mediante breve privação da liberdade da vítima. Antes da Lei nº. 11.923/2009 essa situação gerava divergência doutrinária e jurisprudencial, e admitia enquadramento em três hipóteses: roubo majorado (artigo 157, §2º, inciso V, do Código Penal), extorsão (artigo 158 do Código Penal), ou extorsão mediante sequestro (artigo 159 do Código Penal), sendo esta última considerada como crime hediondo. Com o advento da referida lei, que reduziu a pena mínima do sequestro relâmpago<sup>50</sup> para seis anos e a máxima para doze anos de reclusão, sendo, portanto, mais benéfica ao réu, não se admite mais que tal delito seja enquadrado como crime hediondo, o que antes poderia ser admitido por equiparação ao crime de extorsão mediante sequestro, mesmo quando ocorra a qualificadora do resultado morte, uma vez que, segundo Cezar Roberto Bitencourt, citado por Alberto Silva Franco:

(...) a previsão da segunda parte do §3º não converte este crime em *extorsão mediante sequestro*, apenas comina as penas que lhe são correspondentes, sem atribuir-lhe, por óbvio, a mesma natureza (...) e por essa mesma razão, não o transforma em crime hediondo, por falta de previsão legal expressa<sup>51</sup>.

Assim sendo, resta ressaltar a desproporcionalidade da pena, mesmo que reduzida com a tipificação do §3º do artigo 158 do Código Penal, se comparada a outros tipos penais. Destaca-se a pena cominada para a forma qualificada pela morte do sequestro relâmpago (24 anos), que é superior à pena máxima prevista ao próprio crime de homicídio simples (20 anos)<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Antes da Lei nº. 11.923/2009 era aplicada a pena do artigo 159 do Código Penal (extorsão mediante sequestro, oito a quinze anos de reclusão) para as situações caracterizadas como sequestro relâmpago.

<sup>51</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **A inconstitucionalidade da nova tipificação do crime de “sequestro relâmpago”**, p. 12. Citado por FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**, p. 519.

<sup>52</sup> “Resultando do “sequestro-relâmpago” lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as mesmas penas previstas para os casos de extorsão mediante sequestro que atinjam os mesmos resultados (art. 159, §§ 2º e 3º). Constata-se que, nessa previsão, os mesmos resultados — lesão corporal grave ou morte — sofrem punição bem mais grave que a prevista no § 2º para a forma qualificada da extorsão tipificada no caput desse artigo. Em outros termos, para a hipótese do § 2º, comina-se a

### 3.1.4 Extorsão mediante sequestro e na forma qualificada

Bem como os demais crimes previstos na Lei nº. 8.072/1990 o de extorsão mediante sequestro também foi uma resposta legislativa ao “contagante clima psicológico de pavor criado pelos meios de comunicação social e aos interesses imediatos de estratos sociais privilegiados”<sup>53</sup>.

O crime, originalmente previsto no Código Penal no artigo 159, §§ 1º, 2º e 3º<sup>54</sup> e que “sempre foi considerado o de maior gravidade pela legislação brasileira”<sup>55</sup>, foi alvo de um desproporcional aumento punitivo, uma vez que o artigo 6º da Lei de Crimes Hediondos aumentou ainda mais os mínimos legais previstos para as penas desse crime, ainda que mantivesse os limites máximos das mesmas. É fácil observar que o legislador defende com todas as suas forças o patrimônio e os crimes contra ele recebem as maiores penas do ordenamento, ainda que se comparado com bens jurídicos importantes como, por exemplo, a vida. Porém, ao juntar à ofensa à vida uma de natureza patrimonial, a reposta penal será muito mais severa, o que demonstra, segundo Alberto Silva Franco, que “a vida de quem tem patrimônio tem um significado de maior respeito”<sup>56</sup> para o direito penal. João José Leal compartilha da mesma indignação a respeito da desproporcional cominação legal quando se compara possíveis ofensas à vida e ao patrimônio:

Esta exasperação desnecessária da reprimenda revela-se injusta do ponto de vista da lógica punitiva, quando constatamos que uma tentativa de extorsão mediante sequestro, sem lesão ou morte da pessoa sequestrada, poderá ser punida com pena superior à do homicídio simples. O paradoxo da repressão institucionalizada pela nova lei torna-se ainda mais grave e destemperado, quando se compara a pena mínima de 24 anos de reclusão, aplicável a qualquer autor de qualquer extorsão mediante sequestro da qual resulte morte da pessoa sequestrada, com as penas mínimas de seis e 12

---

mesma pena do roubo qualificado pelo resultado (sete a quinze anos de reclusão, se resulta lesão corporal, e vinte a trinta anos, se resulta morte, além da pena de multa); para a hipótese do § 3º, que ora examinamos, comina-se a mesma pena da extorsão mediante sequestro (dezesseis a vinte e quatro anos, se resulta lesão corporal grave, e vinte e quatro a trinta anos, se resulta morte, além da multa)”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**, p. 813.

<sup>53</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, p. 521.

<sup>54</sup> O crime de extorsão mediante sequestro será hediondo mesmo que na sua modalidade simples, prevista no *caput* do artigo 159 do Código Penal, que traz uma pena mínima de oito anos. As formas qualificadas são punidas com penas de doze a vinte anos, quando o sequestro dura mais de 24 horas, se o sequestrado é menor de 18 ou maior de 60 anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha (§1º), de dezesseis a vinte anos se resulta em lesão corporal grave, e de vinte e quatro a trinta anos se resulta a morte da vítima.

<sup>55</sup> MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**, p. 41.

<sup>56</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, p. 523.

anos, cominadas respectivamente para os homicídios simples e qualificado neste último caso, mesmo se praticado por um motivo torpe o mais ignóbil e repugnante<sup>57</sup>.

Para Maria Lúcia Karam, ao observar os bens jurídicos selecionados pelo nosso ordenamento jurídico pode-se perceber que não são “como à primeira vista pareceria razoável esperar, a vida ou a integridade pessoal que surgirão como os bens jurídicos de maior relevância”<sup>58</sup>, ressaltando que o bem jurídico mais relevante e que recebe a maior proteção das leis penais brasileiras é, rigorosamente, o patrimônio.

Não obstante a extorsão mediante sequestro ter uma das maiores penas privativas de liberdade do ordenamento, o legislador da Lei de Crimes Hediondos excluiu a pena de multa antes prevista pelo Código Penal, e, ainda, criou uma causa de redução de pena para esse crime, quando praticado em concurso de pessoas<sup>59</sup>, de modo a favorecer o coautor que o denunciar à autoridade facilitando a libertação da vítima. A delação premiada, instituto que foi sugerido pelo Movimento da Lei e da Ordem para combater o terrorismo, irradiou-se para as diversas áreas do direito penal comum<sup>60</sup>.

### 3.1.5 Estupro

O estupro era previsto no Código Penal no título “crimes contra os costumes”, e, segundo a primeira redação do artigo 213, o crime consistia em “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. A sexualidade na legislação brasileira era tratada de forma retrógrada e machista, sob parâmetros de ordem moral e religiosa. A Lei nº. 11.106/2005 trouxe algumas mudanças nesse âmbito, excluindo expressões e conceitos antes utilizados, como “virgindade” e “honestidade” da mulher. Em 2009, a Lei nº. 12.015 mudou o título que dispunha

<sup>57</sup> LEAL, João José. **Crimes hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº. 8.072/90**, p. 69.

<sup>58</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Pelo rompimento com as fantasias em torno dos delitos e das penas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 29, p. 331, Jan/2000.

<sup>59</sup> A redação original da Lei nº. 8.072/1990 falava em causa de diminuição de pena para o crime de extorsão mediante sequestro cometido por “quadrilha ou bando”, porém a Lei nº. 9.269/1996 mudou a redação do referido dispositivo, dizendo ser suficiente o crime praticado em “concurso”.

<sup>60</sup> PENTEADO, Jaques de Camargo. **Delação premiada**. Revista dos Tribunais, vol. 848, p. 711, jul/2006.

sobre esses crimes no Código Penal, abandonando a expressão “crimes contra os costumes”, para adotar o novo título de “crimes contra a dignidade sexual”<sup>61</sup>.

A Lei nº. 12.015/2009 alterou a redação original do artigo 213 do Código Penal, e substituiu o termo “mulher” por “alguém”, abrindo possibilidade de penalização para crimes de estupro tendo como vítima homens, bem como mulheres como autoras. Além disso, a referida lei revogou o artigo 214 do Código Penal, que trazia a figura do atentado violento ao pudor, “incorporando-o” à figura do estupro. Como resultado, é crime de estupro “constrangem alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, o que trouxe a necessidade de interpretação dos elementos do tipo penal.

O legislador, com a nova redação, equiparou a conjunção carnal aos demais atos libidinosos, e em uma leitura literal, o dispositivo penalizaria como estupro qualquer conduta que tivesse como escopo a satisfação da libido. Porém, não pode, sem custos ao princípio da legalidade, deixar ao livre arbítrio do julgador a identificação dos atos libidinosos passíveis de criminalização nos termos do artigo 213. Por isso, necessária se faz a interpretação de que a conjunção carnal é um tipo de ato libidinoso, o qual deve ser utilizado como parâmetro e limite pelo julgador. Não pode ser considerado estupro, por exemplo, “atos como o beijo lascivo, as carícias, o passar a mão, por sobre a roupa, nos seios, nas pernas ou nos órgãos genitais a vítima”<sup>62</sup>.

Desta forma, não obstante as divergências doutrinárias e jurisprudenciais<sup>63</sup> deve-se dar destaque à interpretação de que o novo artigo 213 do Código Penal trata de um tipo penal de conduta única, e não de um tipo misto alternativo ou misto cumulativo, pela qual, independente da prática das duas condutas (conjunção carnal mais outro ato libidinoso, como por exemplo, o coito anal), o agente responderá uma única vez por um único crime, o de estupro.

---

<sup>61</sup> Alberto Silva Franco faz uma análise crítica do novo título trazido pela Lei nº. 12.015/2009, acentuando que não foi a medida mais adequada, vez que se mantém vinculado a uma ideia de moralidade. Explica que a expressão “dignidade” seria o antônimo de “indecência”, e que o direito não deve cuidar do que é “indecente” ou “indigno”, mas exclusivamente, em matéria de sexualidade, do que ofenda a autodeterminação sexual. FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, p. 467.

<sup>62</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, p. 472.

<sup>63</sup> A jurisprudência é divergente na classificação do crime de estupro como crime único (STJ – 6ª Turma – HC 144.870/DF. Relator Ministro Og Fernandes - julgado em 09/02/2010 – Dje 24/05/2010) crime misto alternativo (TJSP – 1ª Câmara Criminal – Apelação 990.10.276020-0 – Relator Ministro Márcio Bártoli – Julgado em 29/11/2010 – DJ 13/12/2010) e misto cumulativo (STJ – 5ª Turma – HC 104.724/MS – Relator Ministro Félix Fischer – Julgado em 22/06/2010 – Dje 02/08/2010).

No que diz respeito ao estupro como integrante do rol dos crimes hediondos, há de se observar que a discussão doutrinária em relação à incidência ou não da hediondez sobre tipo básico do delito foi superada com o advento da Lei nº. 12.015/2009, que deixou claro que é considerado hediondo tanto o estupro simples como suas formas qualificadas trazidas pelos §§ 1º e 2º do artigo 213 do Código Penal. Sobre as formas qualificadas, inclusive, se faz um adendo: antes da Lei nº. 12.015/2009, o Código Penal trazia o tipo simples do estupro no artigo 213 (a pena de reclusão de 3 a 8 anos foi aumentada para 6 a 10 anos pela Lei de Crimes Hediondos e mantida pela Lei nº. 12.015/2009), e duas formas qualificadas no artigo 223, que foi revogado pela Lei nº. 12.015/2009, que aumentavam a pena de reclusão para 4 a 12 anos, se “da violência” resultasse lesão corporal de natureza grave, e para 8 a 20 anos de reclusão se “do fato” resultasse a morte.

A Lei de Crimes Hediondos, por sua vez, aumentou a pena das formas qualificadas para 8 a 12 anos e para 12 a 25 anos de reclusão, respectivamente. No entanto, a Lei nº. 12.015/2009 não só revogou o artigo 223 do Código Penal, como já foi dito, mas também incluiu no artigo 213 dois novos parágrafos, que passaram a tratar das formas qualificadas do crime de estupro. O §1º do artigo 213 manteve a qualificadora do antigo artigo 223, porém alterou a redação, substituindo o termo “violência” por “conduta”, e ainda acrescentou uma segunda parte, que trata do crime de estupro cometido contra vítima menor de 18 ou maior de 14 anos, mantendo, neste parágrafo primeiro, a pena mínima de 08 anos e a pena máxima de 12 anos de reclusão. O §2º do artigo 213 também sofreu alteração de redação, substituindo o termo “fato” por “conduta”, na mesma linha do §1º, e apesar de manter a pena mínima em 12 anos, aumentou a pena máxima para 30 anos de reclusão para o crime de estupro com resultado morte.

Sobre as causas de aumento de pena no crime de estupro, tipificadas nos artigos 226, I (de quarta parte, se o crime é cometido em concurso) e II (de metade, se o agente for ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela) <sup>64</sup>, e 234-A, III (de metade, se do crime resultar gravidez) e IV (de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente

---

<sup>64</sup> A Lei nº. 11.106/2005 alterou o *caput* do artigo 226, que aumentava da quarta parte a pena para os dois primeiros incisos e revogou o inciso III, que aumentava a pena do agente que fosse casado.

transmissível de que se sabe ou deveria saber ser portador)<sup>65</sup>, não obstante as várias observações que poderiam ser feitas a cada uma delas, o que não pode ser feito devido à limitação do presente trabalho monográfico, o qual certamente não se propõe a esgotar o tema, considera-se importante o questionamento feito por Alberto Silva Franco<sup>66</sup>. É indagado pelo autor se, sendo a Lei nº. 12.015/2009 mais gravosa (aqui especificamente no quesito das causas de aumento de pena) e posterior à Lei nº. 8.072/1990, cujo artigo 9º foi revogado<sup>67</sup>, seria admissível a aplicação das causas de aumento de pena trazidas pela primeira, sem que nada fosse especificado na segunda, sem constituir analogia *in malam partem*<sup>68</sup>. Para Alberto Silva Franco, a única solução seria a reformulação da Lei nº. 8.072/1990, para que fosse possível a aplicação, em relação aos crimes hediondos, das causas de aumento de pena acima analisadas.

### 3.1.6 Estupro de vulnerável

Com o advento da Lei nº. 12.015/2009 foi revogado o artigo 224 do Código Penal, o qual, com sua cominação com os artigos 213 ou 214, tipificava o estupro e o atentado violento ao pudor com presunção de violência (se a vítima não fosse maior de 14 anos, ou se fosse “alienada” ou “débil mental”). Construiu-se, então, com a nova lei, um novo artigo, o 217-A, que tipifica o estupro de vulnerável.

Vulnerável nos termos da Lei nº. 12.015/2009 é a pessoa menor de 14 anos, os enfermos ou deficientes mentais, e aqueles que, por outra causa, não puderem oferecer resistência. A diferença do tipo penal estupro de vulnerável e do estupro

<sup>65</sup> O *caput* do artigo 234-A foi acrescentado pela Lei nº. 12.015/2009, que também incluiu os dois primeiros incisos do referido artigo, os quais eram idênticos aos incisos I e II do artigo 226 do Código Penal, e por isso foram vetados, conforme Mensagem de Veto no Anexo 02.

<sup>66</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, p. 484.

<sup>67</sup> O artigo 9º da Lei de Crimes Hediondos aumentava de metade a pena dos crimes de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro (tipo básico e formas qualificadas), estupro (*caput* e forma qualificada pelo artigo 223, *caput* e parágrafo único) e atentado violento ao pudor (artigo 214 *c/c* 223, *caput* e parágrafo único), se a vítima estivesse em qualquer das hipóteses do artigo 224 (formas presumidas de violência) do Código Penal. No entanto, os artigos 214, 223 e 224 foram revogados pela Lei nº. 12.015/2009.

<sup>68</sup> “Em caso de omissão do legislador quanto à determinada conduta, aplica-se a analogia, sendo que a analogia *in malam partem* é aquela onde adota-se lei prejudicial ao réu, reguladora de caso semelhante. Trata-se de medida com aplicação impossível no Direito Penal moderno, pois este é defensor do Princípio da Reserva Legal, e ademais, lei que restringe direitos não admite-se analogia”. CHRISTÓFARO, Danilo Fernandes. **O que se entende por analogia *in malam partem*?** Disponível em <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1064639/o-que-se-entende-por-analogia-in-malam-partem-danilo-fernandes-christofaro>. Acesso em 19/09/2014.



tipificado no artigo 213, além da definição da vítima no primeiro, é a forma de execução. Para caracterizar o estupro de vulnerável basta que o agente pratique conjunção carnal ou outro ato libidinoso com a vítima, independente de ter a conduta sido realizada mediante violência ou grave ameaça, tanto que o núcleo do tipo penal do artigo 217-A é “ter ou praticar” e não “constranger” como ocorre no artigo 213 do Código Penal.

Em relação às possíveis vítimas do estupro de vulnerável algumas considerações se fazem necessárias. A prática de conjunção carnal ou de outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos será considerada como estupro de vulnerável, e, portanto, como crime hediondo, independentemente do consentimento da vítima. Isso porque o legislador entendeu que a pessoa menor de 14 anos não possui “direito de autodeterminação sexual” para dispor, estando conforme coloca Klelia Canabravo Aleixo, citada por Alberto Silva Franco, o menor de 14 anos “(des)autorizado” do exercício de seus direitos sexuais, os quais deveriam, segundo a abordagem do autora, ser inalienáveis <sup>69</sup>. Outro problema ao estabelecer a idade de 14 anos como marco para a caracterização do crime de estupro de vulnerável é a falta de conformidade com a Lei nº. 8.069/1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente – em relação ao Código Penal e à Lei 12.015/2009.

O Código Penal estabelece que são absolutamente incapazes os menores de 14 anos, e todos os que não possuem capacidade de resistência, “dentre eles os plenamente capazes que estejam fragilizados, merecendo proteção especial em virtude de sua condição pessoal de fraqueza individual ou social” <sup>70</sup>. São relativamente incapazes, segundo o Código Penal, os menores com idade entre 14 e 18 anos. De outra parte, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que a incapacidade absoluta atinge os menores de 12 anos, sendo os menores com idade entre 12 e 18 anos relativamente incapazes. Assim, percebe-se que a Lei 12.015/2009, não seguiu a determinação contida no Estatuto de Criança e do Adolescente no que se refere à capacidade, e por consequência, ao consentimento dos menores de 14 anos, “optando o legislador por manter a posição doutrinária de que o menor não tem

---

<sup>69</sup> ALEIXO, Klelia Canabravo. **Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral**. Bol. IBCCRIM, abril/2010, nº. 209, p. 8-9. Citado por FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, p. 501.

<sup>70</sup> RASSI, João Daniel. **A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 92, p. 61, Set/2011.

liberdade, ou se tem, não tem consentimento para exercê-la em razão da idade” <sup>71</sup>.

No entanto, João Daniel Rassi demonstra que:

(...) a elementar da idade da vítima não é absoluta quando se estiver diante de um menor entre 12 e 14 anos, caso em que sua vulnerabilidade será constatada no caso concreto, tendo em vista a sua relativa capacidade. Assim, verificar-se-á se houve ou não abuso na relação sexual entre o maior e o menor, que causou dano para este último, reforçando a afirmação de Roxin já acolhida de que capacidade de compreensão é matéria de fato. Esta interpretação, que se concebe a idade como uma elementar de natureza normativa, permite suavizar o rigor da lei (...). No entanto, em se tratando de menor de 12 anos, fica mantida a presunção de vulnerabilidade (...) <sup>72</sup>.

Admite-se, portanto, que a situação dos menores entre 12 e 14 anos, em decorrência da divergência entre o Código Penal e o Estatuto de Criança e do Adolescente, pode receber uma interpretação menos rigorosa em relação do crime do artigo 217-A. Ainda que haja margem interpretativa, a Lei 12.015/2009 determinou o menor de 14 anos como vulnerável em decorrência da sistemática adotada pelo Código Penal.

Por fim, há de se falar da segunda condição de vulnerabilidade trazida pelo artigo 217-A, do Código Penal, que trata dos enfermos, dos deficientes mentais e dos que, por qualquer outra causa, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato sexual. Não obstante as distinções entre enfermidade e deficiência mental, ressalta-se que a lei não proíbe o ato sexual que envolva uma pessoa enferma ou deficiente mental, mas tão somente quando estas pessoas não puderem manifestar o necessário discernimento ou a capacidade para exercitar sua sexualidade. É criminalizado também, o ato sexual com pessoa que, por qualquer causa, não possa oferecer resistência, o que deverá ser comprovado mediante “prova segura da completa impossibilidade da vítima oferecer resistência” <sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> RASSI, João Daniel. **A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 92, p. 61, Set/2011.

<sup>72</sup> RASSI, João Daniel. **A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 92, p. 61, Set/2011.

<sup>73</sup> DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Roberto Jr.; DELMANTO, Fábio de Almeida. **Código penal comentado**, 8<sup>o</sup>. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 705. Citados por FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, p. 505.

### 3.1.7 Epidemia com resultado morte

Em movimento contrário ao verificado nos outros crimes incluídos no rol dos hediondos, que protegem, em sua maioria, direitos individuais, o crime previsto no artigo 267, §1º do Código Penal tutela um direito coletivo: a incolumidade pública, mais especificamente, a saúde pública.

De pronto, pode-se perceber uma grave contradição na inclusão no tipo penal de epidemia considerada hedionda, qual seja, a do §1º, que tenha como resultado a morte. Sendo hedionda apenas a epidemia com resultado morte, se o agente causar, com a epidemia, a contaminação de diversas pessoas e causar nelas lesões de natureza grave, responderá pelo tipo básico, com pena entre 10 e 15 anos de reclusão <sup>74</sup>. No entanto, se a epidemia causa apenas uma morte, entre todos os atingidos, o agente responderá por crime hediondo, e terá a pena cominada entre 20 e 30 anos. João José Leal explica que:

(...) se o crime praticado for o do tipo básico, previsto no *caput* do artigo, não há que se falar em crime hediondo. Isso significa que, se o agente, por perversidade, causar generalizada epidemia, contagiando centenas de pessoas, que venham a sofrer gravemente da doença contraída, mas que consigam sobreviver por causa de tratamento eficaz, não terá ele cometido crime hediondo, nos termos da LCH. Isto não deixa de ser contraditório <sup>75</sup>.

O aumento de pena trazido pela Lei nº. 8.072/1990 é, segundo João José Leal, infeliz, inútil e desnecessária <sup>76</sup>. O autor, citando César de Faria Júnior, explica que esse aumento de pena foi resultado de um “movimento ocasional, marcado pela intolerância, pela severidade e pelo pânico manipulado” <sup>77</sup>, com o único objetivo de agravar a situação do cumprimento da pena, tendência esta que é perceptível em todos os momentos da Lei de Crimes Hediondos.

Outro aspecto destacável em relação ao crime de epidemia com resultado morte diz respeito à classificação do delito como preterdoloso. Antônio Monteiro Lopes, divergentemente, admite a ocorrência da epidemia com resultado morte como crime doloso, afirmando que “o evento letal pode ocorrer pela vontade consciente do

<sup>74</sup> Antes da Lei nº. 8.072/1990, o crime de epidemia (artigo 267, *caput*, do Código Penal) tinha a pena de liberdade mínima cominada em 05 anos, sendo a pena máxima 15 anos de reclusão.

<sup>75</sup> LEAL, João José. **Crimes Hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90**, p. 88.

<sup>76</sup> LEAL, João José. **Crimes Hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90**, p. 87.

<sup>77</sup> JÚNIOR, Cesar de Faria. **Crimes hediondos: a nova lei**. Fascículos de Ciências Penais, out./Nov./dez. 1990, p. 26. Citado por LEAL, João José. **Crimes hediondos**, p. 87.

agente, pelo risco assumido, ou pela culpa (...) sendo suficiente o dolo genérico e o eventual”. No entanto, esse entendimento é criticado por João José Leal e Alberto Silva Franco, segundo os quais o agente deve possuir o dolo de causar epidemia, porém o resultado morte deve ser causado a título de culpa <sup>78</sup>. Como resultado disso, se o agente tiver querido o resultado morte, responderá não pelo delito previsto no §1º do artigo 267 do Código Penal, mas sim por homicídio qualificado.

### **3.1.8 Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais**

A redação original da Lei de Crimes Hediondos trazia em seu rol o crime de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (artigo 270, combinado com o artigo 285, do Código Penal), delito este que foi incluído no rol dos crimes hediondos e que teve a pena mínima aumentada de 05 para 10 anos de reclusão com a promulgação da Lei nº. 8.072/1990, mantendo a pena máxima em 15 anos de reclusão. No entanto, a Lei nº. 8.930/1994 excluiu o crime previsto no artigo 270 do Código Penal do rol dos crimes hediondos, porém não sem cometer o “pecado capital”, segundo Alberto Silva Franco, de não reestabelecer a antiga cominação legal anterior à Lei de Crimes Hediondos, permanecendo “intocável a exacerbação punitiva provocada pelo art. 6º da Lei 8.072/90” <sup>79</sup>.

A Lei nº. 9.677/1998, por sua vez, alterou a redação de alguns artigos referentes a crimes contra a saúde pública, entre eles dos artigos 272 e 273 do Código Penal, aumentando as penas cominadas de maneira desproporcional <sup>80</sup>, e logo em seguida a Lei nº. 9.695/1998 incluiu o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais no rol dos crimes hediondos <sup>81</sup>. Há de se assinalar, ainda, que a vontade da inclusão dos

<sup>78</sup> LEAL, João José. **Crimes Hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90**, p. 86; FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, p.515.

<sup>79</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, p. 513-514.

<sup>80</sup> As penas mínima e máxima do artigo 272, passaram de 02 a 06 para 04 a 08 anos de reclusão, enquanto as penas mínima e máxima do artigo 273, ambos do Código Penal, passaram de 01 a 03 anos para 10 a 15 anos de reclusão.

<sup>81</sup> Conforme já dito no Capítulo anterior, a Lei nº. 9.677/1998 pretendia incluir no rol dos crimes hediondos os artigos 272 e 273 do Código Penal. Porém, por uma falha técnica na redação da referida Lei, os crimes não foram acrescentados ao artigo 1º da Lei nº. 8.072/1990, tendo como efeito apenas a alteração da redação dos artigos mencionados. O erro foi rapidamente corrigido com a Lei nº. 9.695/1998, porém a inclusão do artigo 272 do Código Penal no rol dos crimes hediondos foi

referidos delitos no rol dos crimes hediondos, mais uma vez e como era de se esperar, partiu de escândalos divulgados pela mídia que davam conta da falsificação de diversos medicamentos, e, como destaca Antonio Lopes Monteiro, “mais uma vez o Direito Penal foi chamado a dar uma resposta, como se, rotulando de hedionda esta ou aquela conduta, num passe de mágica, o problema estivesse resolvido”<sup>82</sup>.

Miguel Reale Jr. esmiuçou as alterações trazidas pelas Leis nº. 9.677/1998 e 9.695/1998 e acentuou a desnecessária exacerbação das penas cominadas aos novos tipos penais, apontando os motivos pelos quais as novas leis foram aprontadas de forma tão exagerada:

Torna-se mais grave ainda a grandeza das sanções cominada diante das alterações trazidas nos tipos penais, seja no *caput* do artigo 273 (...) seja nos parágrafos criados, 1.º-A e 1.º-B (...). Acrescentou-se, ainda, a estes parágrafos, incisos descritivos de condutas que se limitam a constituir mera desobediência a normas administrativas. Só se pode compreender tais exageros pelo clima emocional que caracterizou, especialmente por meio da *mídia*, a denúncia e o debate de casos de ‘falsificação de remédios’, questão politizada ao máximo em época eleitoral, com vistas a transformar o Direito Penal em espetáculo<sup>83</sup>.

O autor, ainda, denuncia uma flagrante inconstitucionalidade, expressada pela afronta aos princípios fundadores como o da proporcionalidade e da ofensibilidade, tendo em vista que as citadas leis alteraram o artigo 273 do Código Penal, principalmente, de forma a, dentre outras críticas trazidas por Miguel Reale Jr., criminalizar condutas que, não obstante falsifiquem, corrompam, adulterem ou alterem<sup>84</sup>, não necessariamente causam ofensa ao bem jurídico em questão, qual seja, a saúde pública. Isso porque é possível perceber que o novo tipo penal não trouxe os elementos que antes constituíam o delito como sendo de perigo comum, subtraindo da redação que o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais deve ser destinado ao consumo e que a conduta deve torná-lo nocivo à saúde. Assim sendo, segundo o autor, a conduta criminalizada não expressa “nem perigo, nem dano” ao

---

vetada, sendo acrescentado à Lei dos Crimes Hediondos apenas o crime previsto no artigo 273 do Código Penal. Observa-se, inclusive, que a Mensagem de Veto já foi citada e consta no Anexo 01.

<sup>82</sup> MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**, p. 70-71.

<sup>83</sup> JR, Miguel Reale. **A inconstitucionalidade da lei dos remédios**, RT 763, maio/1999, p. 415.

<sup>84</sup> Sobre a conduta “alterar”, Miguel Reale Jr. destaca que a inconstitucionalidade é ainda mais flagrante, uma vez que é possível, segundo as interpretações doutrinárias, alterar um produto sem torná-lo inferior. Ao contrário, “a alteração pode se dar em favor da saúde, aprimorando, inclusive, o valor terapêutico do produto”, o que acentua a falta de proporção entre a gravidade do delito e a sanção a ele cominada. JR, Miguel Reale. **A inconstitucionalidade da lei dos remédios**, RT 763, maio/1999, p. 415.

bem jurídico, de modo que “a conduta tipificada desmaterializou-se de qualquer resultado que colocasse em risco a saúde”<sup>85</sup>.

Não são poucas as críticas às modificações trazidas pelas Leis nº. 9.677/1998 e 9.695/1998, porém cabe analisar mais uma. O §1º-B traz condutas que, segundo Antonio Lopes Monteiro, “até então caracterizavam infrações de ilícitos administrativos”, e que foram, por força das citadas leis, equiparadas a crimes hediondos e sancionadas com a desproporcional pena de liberdade mínima de 10 e máxima de 15 anos. A pena mínima, que por si só já se apresenta alta, torna-se ainda mais desproporcional e sem cabimento se comparada à pena mínima de um homicídio simples, por exemplo, que é de 06 anos de reclusão. Realmente assiste razão aos críticos da “lei dos remédios”, visto que o legislador, sem qualquer apego aos princípios trazidos pela Constituição da República, trouxe penas mais altas para infrações consideradas como administrativas e que não trazem qualquer risco concreto à saúde pública, do que para o crime de homicídio simples, que ofende, sem qualquer dúvida, o bem jurídico mais relevante de todo o ordenamento: a vida.

### 3.1.9 Genocídio

A Lei de Crimes Hediondos, ao incluir o genocídio como um dos crimes assim considerados, fez menção não a artigos do Código Penal, mas sim aos artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº. 2.889/1956. Esta lei, por sua vez, teve origem na Resolução 260-A (III), a qual aprovou a “Convenção para a prevenção e castigo do crime de genocídio”, em 1948.

O crime de genocídio, não obstante ter origem histórica que se confunde com o surgimento da própria humanidade e acompanhá-la em seu desenvolvimento passou a fazer parte das preocupações dos legisladores internacionais a partir da Primeira Guerra Mundial. Após a Segunda Guerra Mundial, mais especificamente, o crime de genocídio foi alvo de preocupação da ONU, que elaborou, então, o projeto da convenção sobre o crime de genocídio que seria aprovado pela já mencionada Resolução.

A Convenção de 1948 definiu o genocídio como um crime contra o Direito Universal (*jus gentium*), que se concretiza com o cometimento de atos com a intenção

---

<sup>85</sup> JR, Miguel Reale. **A inconstitucionalidade da lei dos remédios**, RT 763, maio/1999, p. 415.

de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Em seguida, traz um rol de atos considerados genocidas, quais sejam: matar membros do grupo; causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo e efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro.

O Brasil, ao ratificar a Convenção, adotou os mesmos critérios nela estabelecidos. Não são precisos muitos questionamentos para que se possa perceber que o crime de genocídio é um dos mais repugnantes que podem ser encontrados nos diversos ordenamentos jurídicos do mundo inteiro, e talvez seja um dos poucos merecedores do rótulo de “hediondo” segundo a definição semântica do termo (aquele que é repugnante, asqueroso, sórdido, etc.). Acertou, pelo menos dessa vez, o legislador brasileiro ao incluir tal crime no rol dos hediondos. No entanto, mais uma vez a Lei nº. 8.072/1990 cometeu “uma infelicidade sem par”<sup>86</sup> e abandonou qualquer critério de proporcionalidade em relação às penas cominadas para tal delito.

Alberto Silva Franco explica que “o legislador não criou um preceito sancionatório único para todas as condutas descritas”<sup>87</sup> como genocidas, mas se limitou a fazer remissão aos dispositivos “equivalentes” do Código Penal. Desta forma, a conduta de “matar membros do grupo” com a intenção de destruí-lo, no todo ou em parte, recebe a pena prevista no artigo 121, §2º, do Código Penal, atribuída ao homicídio qualificado, ou seja, de 12 a 30 anos de reclusão. Já para a conduta “causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo”, a pena aplicada será a do artigo 129, §2º do Código Penal, com pena mínima de 02 e máxima de 08 anos de reclusão. Esta cominação legal, ao pensar o genocídio como sendo, segundo João José Leal, citado por Alberto Silva Franco, “o crime dos crimes, aquele que indiscutivelmente encarna em si o estereótipo da perversidade, da maldade humana, ou seja, da própria hediondez”<sup>88</sup>, parece, no mínimo, desproporcional e incoerente.

---

<sup>86</sup> MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**, p. 89.

<sup>87</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, p. 590.

<sup>88</sup> LEAL, João José. **Crimes hediondos: a lei 8.072/90 como expressão do direito penal da severidade**. Curitiba: Juruá, 2003, p.. 179-180. Citado por FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, p. 591.

### 3.1.10 Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável

A mais recente alteração na Lei de Crimes Hediondos foi a inclusão, por força de Lei nº. 12.978/2014, do crime previsto no artigo 218-B do Código Penal no rol dos crimes hediondos. A Lei nº. 12.978/2014, ainda, alterou o nome jurídico do referido artigo, que antes era chamado de “favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável” para “favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança, adolescente ou vulnerável”<sup>89</sup>.

## 3.2 Os crimes equiparados aos hediondos

### 3.2.1 Tortura

Não obstante a previsão constitucional de 1988, do artigo 5º, inciso XLIII, que equiparou aos crimes hediondos a prática de tortura, apenas em 1997 o crime de tortura foi definido e tipificado pelo legislador brasileiro, através da Lei nº. 9.455. E, mais uma vez, o contexto de promulgação da lei foi fortemente influenciado pela repercussão midiática em decorrência da ação da polícia militar na Favela Naval<sup>90</sup>. A Lei nº. 9.455/1997 trouxe então o conceito do crime de tortura em seu artigo 1º, incisos I, alínea a, b e c, II e §2º, o que mesmo que de forma tardia e questionável pode ser considerado um avanço, tendo em vista que antes de 1997 ninguém poderia ser punido pelo crime de tortura por não haver, na legislação penal brasileira, uma norma incriminadora desse crime, e tampouco qualquer cominação de pena.

No entanto, o legislador brasileiro, ao criar uma lei que dispõe sobre o crime de tortura, já começou errando ao não respeitar os limites estabelecidos na Convenção da ONU, que estabelecia, conforme João José Leal, que a prática de

<sup>89</sup> Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/05/dilma-sanciona-lei-que-torna-crime-hediondo-exploracao-de-criancas.html>. Acesso em 29/09/2014.

<sup>90</sup> “O episódio que potencializou o trâmite célere do Projeto de Lei de Tortura foi o caso ocorrido na Favela Naval de Diadema, em São Paulo, no qual policiais militares executaram um rapaz – após sucessivas blitzes e extorsões para liberação dos detidos. Os fatos foram filmados, durante vários dias, por um cinegrafista amador e vieram à tona no Jornal Nacional, exibido pela Rede Globo, em 31 de março de 1997. O próprio Presidente da República de então, Fernando Henrique Cardoso, por meio de seu porta-voz, manifestou repúdio às cenas e cobrou providências. O policial militar conhecido como “Rambo” e envolvido nos fatos foi condenado anos depois pela morte do rapaz”. SÁ, Priscilla Placha. **Mal-estar de Arquivo: As polícias como Arquivistas do Soberano**, p. 261.



tortura seria um “crime decorrente do Estado autoritário, sendo o sujeito ativo sempre um funcionário público ou alguém por ele instigado ou sob suas ordens” <sup>91</sup>, e, portanto, um crime próprio. A Lei nº. 9.455/1997, por sua vez, incriminou os atos de tortura cometidos por particulares, classificando a prática de tortura como crime comum.

Outro “erro” apontado pela doutrina é o abrandamento punitivo da Lei de Tortura em relação à Lei de Crimes Hediondos. Percebe-se que, apesar das restrições processuais feitas aos acusados pela prática de tortura (regime inicial fechado, proibição de fiança, anistia, graça, indulto, etc.), as penas cominadas foram relativamente brandas. João Jose Leal explica que:

(...) ao fixar pena mínima de dois anos e máxima de oito anos de reclusão para os casos de tortura simples, de um a quatro anos de detenção para os casos de tortura por omissão, e de oito a dezesseis anos de reclusão para os casos de tortura qualificada pelo resultado morte, o legislador de 1997 abandonou o barco da severidade capitaneado pelo Movimento da Lei e da Ordem, cuja filosofia penal orientou o legislador de 1990 <sup>92</sup>.

Percebe-se, portanto, uma incoerência do legislador, mais uma vez, ao abrandar as penas cominadas aos crimes cujos bens jurídicos deveriam ser mais relevantes, como a integridade física e mental, no caso da tortura, ao mesmo passo que dá carga punitiva rigorosamente mais severa aos crimes patrimoniais. Além disso, ainda, é possível mencionar a falta de previsão expressa na Lei de Tortura quanto à proibição da progressão do regime prisional, o que constava, apesar da declaração de inconstitucionalidade posterior, expressamente na Lei de Crimes Hediondos.

### 3.2.2 Tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins

A criminalização das drogas, até o Século XIX, era mínima, mesmo sendo o conhecimento e uso de tais substâncias um fato recorrente na história humana. No entanto, a “manifestação do proibicionismo (...) é um fenômeno que se registra, a nível global, somente a partir do século XX” <sup>93</sup>, quando o narcotráfico passou a ser

<sup>91</sup> LEAL, João José. **Tortura como crime hediondo especial**. Revista dos Tribunais, vol. 771, jan. /2000, p 454.

<sup>92</sup> LEAL, João José. **Tortura como crime hediondo especial**. Revista dos Tribunais, vol. 771, jan. /2000, p 454.

<sup>93</sup> KARAM, Maria Lucia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**, p. 03.

percebido como uma ameaça à segurança nacional. E isso ocorreu porque as substâncias entorpecentes, antes utilizadas apenas pelos grupos dominantes da sociedade, difundiram-se para grupos minoritários. Além disso, a vontade de controle das substâncias entorpecentes acompanhou a ascensão do capitalismo que tornou explícita a disputa pelo comércio das drogas.

A Guerra do Ópio foi um marco na história do proibicionismo das drogas, e em 1909, a Conferência sobre o Ópio, apesar de não estabelecer compromissos proibicionistas, “foi o primeiro documento internacional a registrar determinações no sentido de controle de um mercado até então livre” <sup>94</sup>. A Lei Seca dos Estados Unidos também foi um marco na história do proibicionismo de substâncias entorpecentes, mais especificamente o álcool.

A preocupação com a questão das drogas no Brasil também é antiga: vem desde as Ordenações Filipinas, de 1603, que “já previam penas de confisco de bens e degredo para a África para os que portassem, usassem ou vendessem substâncias tóxicas” <sup>95</sup>. Uma “política proibicionista sistematizada” <sup>96</sup>, no entanto, aparece a partir de 1940 e ganha força com a publicação do Código Penal (Decreto-Lei nº. 2.848/1940), que trouxe em seu artigo 281 o crime de “comércio clandestino ou facilitação do uso de entorpecentes” com a seguinte redação: “importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. A pena cominada era de um a cinco anos, mais multa.

A Lei nº. 6.368/1976, chamada de Lei de Tóxicos, trouxe regulação especial para a “prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica” <sup>97</sup>, e cominava uma pena de 03 a 15 anos para a figura do “tráfico ilícito de entorpecentes” do seu artigo 12, instaurando no Brasil “um modelo inédito de controle, acompanhando as

---

<sup>94</sup> McALLISTER, William. **Drug diplomacy in the twentieth century**. New York: Routledge, 2000. Citado por RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: um esboço histórico**, p. 293.

<sup>95</sup> SENADO. **História do combate às drogas no Brasil**. Disponível em <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>. Acesso em 01/10/2014.

<sup>96</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 59-60.

<sup>97</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº. 6.368 de 21 de Outubro de 1976. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm). Acesso em 02/10/2014.

orientações político-criminais dos países centrais refletidas nos tratados e convenções internacionais”<sup>98</sup>.

A Constituição de 1988, conforme já visto, elencou o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, juntamente com a tortura e o terrorismo, como crime equiparado aos hediondos. A edição da Lei de Crimes Hediondos, em 1990, fez referência aos artigos 12, 13 e 14 da Lei de Tóxicos, ao dispor sobre quais condutas seriam consideradas hediondas, e não alterou a quantidade de pena prevista.

A Lei 11.343/2006, por sua vez, recrudesciu ainda mais o tratamento dado à questão das drogas, caracterizando-se como “um instrumento legal altamente repressivo e tecnicamente deficiente”, segundo Alberto Silva Franco<sup>99</sup>. A nova Lei de Entorpecentes aumentou de 03 para 05 anos a pena mínima do crime de tráfico ilícito (artigo 33 da Lei nº. 11.343/2006, que corresponde ao artigo 12 da antiga Lei nº. 6.268/1976), e tem como uma das principais críticas a não descriminalização do uso ou consumo pessoal de entorpecentes que, apesar de não receber pena de detenção nem reclusão, mantém a conduta como típica e prevê pena de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa. Outra deficiência da Lei nº. 11.343/2006 pode ser exemplificada com a observação do artigo 44 e o §4º do artigo 33 da Lei de Entorpecentes, que proibia a conversão da pena de reclusão em pena restritiva de direitos, o que foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Sobre o processo de criminalização das drogas e suas consequências Maria Lúcia Karam demonstra que essa proibição e controle penal mediante aumento do poder punitivo não traz bons frutos:

Valendo-se dessas apontadas boas intenções, o proibicionismo voltado contra as drogas qualificadas de ilícitas - como acontece também em outras posturas proibicionistas -, impõe um discurso único que, permanecendo inquestionado, censura, desinforma e deseduca, ocultando fatos, demonizando substâncias e pessoas que com elas se relacionam e moldando opiniões conformistas e imobilizadoras<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 69.

<sup>99</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, p. 236.

<sup>100</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Drogas e redução de danos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 64, jan./2007, p.128.

Em suma, a história da legislação de drogas no Brasil é marcada por um sistema altamente repressivo que viola uma série de direitos e garantias fundamentais e o proibicionismo é visivelmente relacionado à seletividade penal.

### 3.2.3 Terrorismo

A primeira Convenção para a Prevenção e Repressão do Terrorismo, ocorrida em Genebra em 1937, definiu terrorismo como “os fatos criminosos dirigidos contra um Estado, cuja finalidade ou natureza seja provocar o terror em determinadas personalidades, grupos de pessoas ou no público”, e o Brasil ratificou 10 dos 13 acordos universais sobre terrorismo existentes, incorporando-os ao direito interno <sup>101</sup>. A Constituição da República de 1988, inclusive, traz em seu artigo 5º, inciso XLIII, que o crime de terrorismo será insuscetível de anistia e graça, entre outras restrições processuais trazidas pela Lei nº. 8.072/1990 em relação a este crime. No entanto, não há, em qualquer parte da legislação brasileira, “uma figura específica de delito assim denominada” <sup>102</sup>.

Há, no Brasil, algumas leis internas que citam ou fazem referência ao crime de terrorismo, porém sem defini-lo como crime autônomo e sem cominar-lhe pena. É o caso da Lei nº. 7.170/1983, chamada de Lei de Segurança Nacional, que, em seu artigo 20 cita “atos de terrorismo” e criminaliza a conduta de “devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas” <sup>103</sup>.

Ainda, a Lei nº. 10.744/2003 conceitua no artigo 1º, §4º, os “atos terroristas” como sendo “qualquer ato de uma ou mais pessoas, sendo ou não agentes de um poder soberano, com fins políticos ou terroristas” <sup>104</sup>. Logo, não obstante possa ser encontrado o termo “terrorismo” em várias leis brasileiras, o legislador não tipificou o

<sup>101</sup> MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O direito internacional e o direito brasileiro em face do terrorismo**. Revista de Ciências Penais, vol. 15, julho/2011, p. 335.

<sup>102</sup> MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**, p. 120.

<sup>103</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº. 7.170 de 14 de Dezembro de 1983. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm). Acesso em 01/10/2014.

<sup>104</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº. 10.744 de 09 de Outubro de 2003. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.744.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.744.htm). Acesso em 01/10/2014.

terrorismo como um crime autônomo, e limitando-se a definir de forma tautológica “ao conceituar ‘ato terrorista’ como ato ‘com fins terroristas’”<sup>105</sup>.

É possível perceber, portanto, que qualquer aplicação em relação ao terrorismo do artigo 5º, inciso XLIII da Constituição da República ou do artigo 2º da Lei nº. 8.072/1990 torna-se inócua<sup>106</sup>. Ressalta-se que existem projetos de lei em trâmite pelo Senado que buscam tipificar, finalmente, o crime de terrorismo, como, por exemplo, o Projeto de Lei nº. 499/2013. Como não podia deixar de ser, bastou um evento fortemente divulgado pela mídia e que, mais uma vez, comoveu a população brasileira – a morte do cinegrafista Santiago Andrade em fevereiro de 2014, atingido na cabeça por um rojão soltado por manifestantes durante um protesto contra o aumento da passagem de ônibus no Centro da cidade do Rio de Janeiro – para que o Senado tentasse acelerar a “lei antiterror”<sup>107</sup>. O Projeto define no artigo 2º terrorismo como “provocar ou infundir pânico generalizado mediante ofensa ou tentativa de ofensa à vida, à integridade física ou à saúde ou à privação de liberdade de pessoa” e em si é alvo de diversas críticas, como o “oportunismo por trás do debate” e pelo fato de que as condutas a serem criminalizadas pelo novo tipo penal já existem na legislação penal brasileira (homicídio, dano qualificado, formação de quadrilha e incitação ao crime, para citar alguns exemplos)<sup>108</sup>.

---

105 MOLL, Leandro. **O terrorismo no direito brasileiro: análise à luz da obrigação internacional de repressão do crime de terrorismo**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 80/2012, jul./2012, p. 375.

106 MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**, p. 124.

107 Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/politica/lei-antiterrorismo-1873.html>. Acesso em 01/10/2014

108 Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-lei-antiterror-ameaca-a-democracia-4800.html>. Acesso em 01/10/2014.

## 4 IMPLICAÇÕES DECORRENTES DA LEI Nº. 8.072/1990

### 4.1 A insuscetibilidade de anistia, graça e indulto

O artigo 2º da Lei nº. 8.072/1990 determina que os crimes hediondos e os a eles equiparados são insuscetíveis de anistia, graça e indulto (inciso I). Seriam, portanto, crimes cujas causas de extinção da punibilidade previstas no artigo 107, inciso II do Código Penal não poderiam ser aplicadas.

Anistia é uma espécie de perdão geral concedido pela União após a sanção do Presidente da República a fatos tidos como criminosos, de modo a tornar sem efeito a condenação penal. A anistia é proibida aos crimes hediondos e aos a eles equiparados não só por força da Lei de Crimes Hediondos (artigo 2º, inciso I), mas também por previsão constitucional (artigo 5º, inciso XLIII). Graça e indulto, por sua vez, são formas de clemência do Estado concedidas pelo Presidente da República, mas destinados a pessoas e não a fatos, como ocorre na anistia. O mesmo inciso do artigo 5º da Constituição da República que veda a estes crimes a anistia, também vedou a concessão da graça. No entanto, a proibição do indulto somente foi trazida pelo legislador especial na Lei de Crimes Hediondos, visto que não foi originalmente proibido pela Constituição. Assim sendo, abriu-se porta para o questionamento quanto à inconstitucionalidade da proibição da concessão de indulto aos condenados por crimes hediondos ou equiparados.

A doutrina é divergente quanto à constitucionalidade do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos que veda a concessão do indulto. Antonio Lopes Monteiro entende que graça e indulto são institutos equivalentes <sup>109</sup>, uma vez que “o texto constitucional no preceito concessivo utiliza o termo ‘indulto’; já no de proibição, o termo ‘graça’”, mas que não faria qualquer sentido que “a Constituição proibisse alguma coisa que (...) não estivesse prevista” <sup>110</sup>, estando desta forma a lei especial em conformidade com os preceitos constitucionais. Já Alberto Silva Franco entende que não se admite uma equivalência entre “graça” e “indulto coletivo”, motivo pelo qual, ao empregar o termo indulto na proibição do artigo 2º, inciso I da Lei nº. 8.072/1990, o legislador ordinário foi além do previsto pela Constituição, que

<sup>109</sup> O indulto seria um termo que abrangeria tanto o “indulto coletivo” quanto a graça, que seria uma espécie de indulto, porém “individual”.

<sup>110</sup> MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**, p. 132.

menção apenas a graça e a anistia, fato este considerado inaceitável, segundo o Ministro Assis Toledo, citado por Alberto Silva Franco, uma vez que “não teria sentido a menção ao indulto, se o julgasse abrangido pela graça. (...) A lei ordinária não poderia ter oposto restrição ao exercício de um poder constitucional, exclusivo e irrenunciável do Presidente da República”. Assim sendo, a proibição do indulto pela Lei de Crimes Hediondos seria inconstitucional.

No entanto, vale dizer que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento pela constitucionalidade do art. 2º, I, da Lei nº 8.072/90 (ADI 2795 MC/DF <sup>111</sup>), entendendo que a concessão de indulto insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, estando limitada à vedação prevista no inciso XLIII, do art. 5º, da CF, admitindo-se a abrangência dos termos “indulto” e “comutação de penas” pelo termo “graça”.

#### **4.2 A proibição da fiança e da liberdade provisória**

A Lei de Crimes Hediondos, até 2007, proibia, em seu artigo 2º, inciso II, a concessão de fiança e de liberdade provisória aos agentes dos crimes elencados no artigo 1º da mesma lei. A inafiançabilidade dos crimes hediondos já era determinação constitucional desde 1988, no entanto, o legislador ordinário foi além do preceito do artigo 5º, inciso LXIII da Constituição da República e acrescentou, aos crimes hediondos e a eles equiparados, a proibição da liberdade provisória.

Discutia-se a constitucionalidade do inciso II do artigo 2º da Lei nº. 8.072/1990, e sua técnica legislativa ao colocar em seu texto a proibição da fiança e da liberdade provisória, visto que para alguns autores a expressão é falha <sup>112</sup>. Não obstante as divergências doutrinárias, estas se tornaram superadas com o advento da Lei nº. 11.464/2007, que alterou a redação do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos.

A nova redação suprimiu as dúvidas quanto à constitucionalidade do inciso II do artigo 2º a expressão “liberdade provisória”, mantendo a proibição apenas no que

<sup>111</sup> ADI 2795 MC/DF no Anexo 03.

<sup>112</sup> Antonio Lopes Monteiro considera que a redação do dispositivo deveria ser “liberdade provisória com ou sem fiança”. MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**, p. 135.

se refere à fiança. No entanto, faz-se necessária uma observação sobre um reflexo da Lei nº. 11.464/2007 na Lei de Entorpecentes – a Lei nº. 11.343/2006.

Primeiramente, deve-se destacar que os crimes hediondos e o tráfico ilícito de entorpecentes devem ter o mesmo tratamento, por serem crimes equiparados. A Lei de Entorpecentes é de 2006 e prevê, em seu artigo 44, a proibição da concessão de liberdade provisória ao delito de tráfico de drogas e estava plenamente compatível com a proibição da Lei de Crimes Hediondos (artigo 2º, inciso II). No entanto, com o advento da Lei nº. 11.464 em 2007 foi suprimida da Lei de Crimes Hediondos a proibição da concessão de liberdade provisória, mas nada alterou em relação ao artigo 44 da Lei de Entorpecentes, restando duas leis com preceitos diferentes: a 11.343/2006 proibindo a liberdade provisória ao tráfico ilícito de entorpecentes, e a 11.464/2007 possibilitando a liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados – entre eles, o tráfico ilícito de entorpecentes, gerando uma desigualdade legislativa.

O Supremo Tribunal Federal entendeu, conforme processos de Habeas Corpus nº. 103.715-RJ e 107.755-PR <sup>113</sup>, entre outros, que a supressão da expressão “liberdade provisória” feita pela Lei nº. 11.464/2007 não alcançava o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e não mudava, em razão disso, a redação do artigo 44 da Lei nº. 11.343/2006. Porém, o Supremo Tribunal Federal, em 2012, mudou o entendimento sobre a questão da liberdade provisória, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do artigo 44 da Lei de Entorpecentes de modo a permitir a liberdade provisória ao preso em flagrante pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes <sup>114</sup>.

#### **4.3 A questão da progressão do regime de penas na Lei de Crimes Hediondos**

A Lei de Execução Penal – Lei nº. 7.210/1984 – traz em seu artigo 1º um dos objetivos da execução penal, que é “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” e para tanto estabelece no artigo 112

<sup>113</sup> Habeas Corpus nº 107.755-PR, que cita o Habeas Corpus nº. 103.715-RJ no Anexo 04.

<sup>114</sup> Supremo Tribunal Federal. Processo de Habeas Corpus nº. 104.339. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 11/05/2012. “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos: declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” do caput do art. 44 da Lei 11.343/2006; conceder, parcialmente, a ordem; e, ainda, autorizar os senhores ministros a decidir, monocraticamente, habeas corpus quando o único fundamento da impetração for o art. 44 da mencionada lei, nos termos do voto do Relator. Brasília, 10 de maio de 2012”.



a progressão do regime de cumprimento da pena <sup>115</sup>. A Lei de Execução Penal é, portanto, compatível com o Código Penal de 1940 que instituiu o cumprimento da pena em regime progressivo, partindo do princípio de que a pena deve também buscar a ressocialização do condenado. Para que isso seja possível, o juiz deve determinar a pena e o regime de cumprimento inicial “conforme disposição expressa do artigo 59, inciso III do Código Penal e artigo 110 da Lei de Execução Penal, observadas as regras dispostas no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal” <sup>116</sup>. A partir do disposto na sentença condenatória, serão verificados dois critérios para a progressão de regime: o objetivo, que diz respeito à quantidade de pena a ser cumprida antes de progredir; e o subjetivo, de acordo com o mérito do condenado, baseando-se no seu bom comportamento.

A Constituição da República de 1988 também estabeleceu sob quais parâmetros o direito penal, processual penal e a execução penal devem ser aplicados, ao enumerar princípios e garantias fundamentais. Nesse sentido, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da individualização da pena.

Não obstante os preceitos constitucionais, o legislador ordinário da Lei de Crimes Hediondos não se intimidou e os violou ao estabelecer, no artigo 2º, §1º da Lei nº. 8072/1990, que os condenados pela prática de crimes considerados hediondos ou a eles equiparados deverão cumprir a pena em regime integralmente fechado, vedando por completo a progressão do regime de cumprimento da pena para esses crimes <sup>117</sup>. O dispositivo, apesar de receber inúmeras críticas da doutrina e da própria jurisprudência, permaneceu ativo por muitos anos até a declaração de sua inconstitucionalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana é desrespeitado pela vedação da progressão de regime na medida em que tal proibição, como consequência, dá ao condenado uma pena cruel, esta, vedada pela Constituição da República no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”. Cruel por que, tendo em vista as condições precárias dos estabelecimentos prisionais, a superlotação carcerária e, principalmente a falta de

---

<sup>115</sup> BRASIL. Lei nº. 7.210 de 11 de Julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em 08/10/2014.

<sup>116</sup> SILVA, Marisya Souza e. **Crimes hediondos e progressão de regime prisional**, p. 126.

<sup>117</sup> A vedação à progressão de regime causa impacto em outros dois dispositivos de execução penal vitais para a ressocialização do condenado: a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e a concessão da suspensão condicional da execução da pena.

perspectiva de retorno à liberdade antes do cumprimento integral da pena a tornam um “castigo insuportável” <sup>118</sup>.

Já o princípio da proporcionalidade, conforme Luigi Ferrajoli, citado por Marisya Souza e Silva deve ser observado em três momentos distintos:

1) no da *elaboração da norma penal* que deve cominar sanções proporcionais à gravidade do delito; 2) no da *aplicação da pena* quando o julgador deve, com fundamento no art. 59 do Código Penal, estabelecer pena *necessária e suficiente* à reprovação do delito; e, por fim, 3) na fase da *execução da pena*, o juiz da execução, atentando para circunstâncias objetivas e subjetivas que determinam a duração da pena, ou seja, analisando *individualmente* cada caso, deve *aplicar a progressão ou regressão* do regime prisional <sup>119</sup>. (grifos nossos)

Assim, é possível perceber a afronta ao mencionado princípio, quando, desde logo, o legislador proibiu a análise individual das circunstâncias objetivas e subjetivas de cada caso para a aplicação da progressão de regime, além de, na fase de elaboração da norma penal e cominação da pena ter previsto sanções desproporcionais à gravidade do delito <sup>120</sup>.

Por fim, o princípio da individualização da pena é previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso XLVI, segundo o qual a lei regulará a individualização da pena, e é “um dos mais importantes princípios desrespeitados pela Lei nº. 8.072/1990” <sup>121</sup>. A função da pena criminal no ordenamento jurídico brasileiro é de retribuição pelo fato praticado e de prevenção geral, com o escopo de evitar a prática de novos crimes, e especial, buscando a ressocialização do condenado. Para tanto, o Código Penal estabelece, em seu artigo 59, que a pena deve ser aplicada conforme seja necessária e suficiente para alcançar seus fins. A pena, portanto, há de ser individualizada para cada caso concreto, pois só assim será *justa*, necessária e suficiente, aplicada na medida em que corresponda ao condenado e ao fato por ele praticado. Ademais, a individualização da pena funciona como uma garantia do cidadão contra o *jus puniendi* e contra o arbítrio do Estado,

<sup>118</sup> LEAL, João José. **Crimes hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº. 8.072/1990**, p. 113.

<sup>119</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Citado por SILVA, Marisya Souza e. **Crimes hediondos e progressão de regime prisional**, p. 172-173.

<sup>120</sup> Veja-se como exemplo o artigo 273 (falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais), §1º-B, que comina as mesmas penas do *caput* – 10 a 15 anos e multa. As penas do *caput*, por si só, já podem ser consideradas desproporcionais, principalmente se comparadas às do homicídio simples – 06 a 20 anos.

<sup>121</sup> SILVA, Marisya Souza e. **Crimes hediondos e progressão de regime prisional**, p. 175.

além de ser “elemento fundamental na busca e na estabilidade da segurança jurídica” <sup>122</sup>. A vedação à progressão de regime não é, de forma alguma, o meio correto para que se alcancem os fins da pena, a não ser o meramente retributivo. O fim ressocializador da pena torna-se inócuo, uma vez que não possibilita que o condenado se readapte, pouco a pouco e a depender de seus méritos objetivos e subjetivos, ao convívio social. Não há ressocialização a se esperar de uma pessoa que cumpre uma pena privativa de liberdade que pode chegar a 30 anos, em um estabelecimento prisional precário como se sabem ser as penitenciárias brasileiras, em um regime integralmente fechado.

Não obstante as observações feitas acerca dos princípios constitucionais e fins da pena, parte da doutrina acreditava na constitucionalidade do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos que vedava a progressão de regime. A premissa constitucional de que “a lei regulará a individualização da pena” estaria, dessa forma, devidamente cumprida pela Lei nº. 8.072/1990 que “individualizou o regime para todos os condenados por crimes hediondos ou equiparados”, além do que, a individualização da pena já teria sido efetivada na fase legislativa, na qual a pena é cominada abstratamente a cada delito <sup>123</sup>. No entanto, a maior parte da doutrina sempre considerou a proibição da progressão de regime estipulada pela Lei de Crimes Hediondo inconstitucional.

A discussão acerca da possibilidade da progressão teve especial importância com a edição da Lei de Tortura (Lei nº. 9.455/1997), que em seu artigo 7º permitia que o condenado por crime previsto naquela lei *iniciasse* o cumprimento da pena em regime fechado. Dessa forma, um crime hediondo e outro a ele equiparado, ou seja, delitos de mesma gravidade, receberiam tratamento penal diverso.

Foi em 2007, porém, que a questão da progressão de regime nos crimes hediondos e a eles equiparados tomou novo rumo. O pastor evangélico Oseas de Campos, condenado a 12 anos de reclusão pelo crime de atentado violento ao pudor, impetrou *Habeas Corpus* após ter cumprido os requisitos para a progressão de regime e ter seu pedido negado pelo Juiz de Execução Penal, requisitando a progressão de regime e argumentando pela inconstitucionalidade do regime integralmente. O Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* 82.959/SP e

---

<sup>122</sup> HABIB, Gabriel. **O direito penal do inimigo e a lei de crimes hediondos**, p. 73.

<sup>123</sup> HABIB, Gabriel. **O direito penal do inimigo e a lei de crimes hediondos**, p. 77.

declarou a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, baseando-se principalmente na ofensa de tal dispositivo ao princípio da individualização da pena. Segundo Alberto Silva Franco, o efeito da declaração da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, por ter sido feito em sede de *habeas corpus*, é de controle de constitucionalidade incidental ou difuso, o que permite que sejam estendidos os “efeitos da decisão a outras situações processuais suscetíveis de serem alcançadas pelo reconhecimento *in concreto* de inconstitucionalidade”, prezando pela segurança jurídica e pelo excepcional interesse social:

Destarte, o Supremo Tribunal Federal, ao dar eficiência *ex nunc*, à declaração de inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº. 8.072/1990 permitiu que o regime prisional progressivo fosse aplicado a réus, por crime hediondo, nos processos em andamento; aos condenados ao regime integralmente fechado, na fase recursal, com consequente transformação do regime imposto; e aos condenados, na execução penal, se ainda não esgotado o lapso temporal para o cumprimento da pena<sup>124</sup>.

Ademais, destaca-se que a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo que determinava o cumprimento da pena em regime integralmente fechado não autoriza, de forma automática, a aplicação da progressão de regime aos crimes hediondos e a eles equiparados, porém permite que o juiz analise, caso a caso, a possibilidade ou não da progressão do regime prisional.

Logo após o julgamento do *Habeas Corpus* 82.959-7/SP, foi editada a Lei nº. 11.464/2007, que alterou os §§ 1º e 2º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, alterando a expressão “integralmente” por “inicialmente” fechado e seguindo a interpretação do Supremo Tribunal Federal em não mais proibir a progressão de regime, e estabelecendo que esta devesse se dar após o cumprimento de dois quintos da pena, se o condenado for réu primário, ou de três quintos, se reincidente.

O advento da referida lei provocou discussões a respeito de sua eficácia retroativa. Isso porque, em se admitindo que o julgamento do Supremo Tribunal Federal gerou controle de constitucionalidade difuso, sem efeitos *erga omnes*, para os demais casos concretos que não o do *Habeas Corpus* 82.959 de 2007 continuaria sendo constitucional a vedação à progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados, sendo assim, a Lei 11.464/2007 mais benéfica, por permitir que apenas o regime *inicial* fosse, obrigatoriamente, o fechado.

---

<sup>124</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, p. 369.

No entanto, conforme explicitado, não obstante a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha ocorrido *inter partes*, admitiu-se, por força da aplicação do artigo 27 da Lei nº. 9.868/1999 que os efeitos fossem “irradiados” e aplicados a todos os processos nos quais ainda fosse possível a progressão de regime <sup>125</sup>. Desse modo, a partir da data do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade do §2º do artigo 2º da Lei nº. 8.072/1990 passou a ser admitida a progressão de regime para os crimes hediondos e os a eles equiparados com base no artigo 112 da Lei de Execução Penal, ou seja, com o cumprimento de um sexto da pena. Evidente, portanto, que a Lei 11.464/2007, que estabeleceu limites muito mais rigorosos para a progressão de regime (dois quintos e três quintos), é menos benéfica e, por consequência, irretroativa.

Para extirpar qualquer dúvida sobre a retroatividade ou não da Lei nº. 11.464/2007 foi editada a Súmula nº. 471 do Superior Tribunal de Justiça que dispôs que “os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no artigo 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional” <sup>126</sup>.

Ainda que tenha sido um grande passo a declaração de inconstitucionalidade do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime *integralmente* fechado, e que a Lei nº. 11.464/2007 tenha possibilitado a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados, a obrigatoriedade de um regime prisional *inicialmente* fechado continuou a gerar dúvidas quanto a sua constitucionalidade. Isso porque, partindo-se da premissa de que não era inconstitucional apenas o *regime fechado*, mas sim o fato de este ser aplicado genericamente a todos os casos previstos pela Lei de Crimes Hediondos, sendo esta generalização da pena absolutamente contrária e incompatível com o princípio da individualização da pena, uma imposição igualmente genérica de um regime *inicialmente* fechado continua a ser uma afronta ao mencionado princípio

---

<sup>125</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**, p. 374. O artigo 27 da Lei nº. 9.868/1999, que Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal diz que “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 24/10/2014.

<sup>126</sup> Superior Tribunal de Justiça. Súmula 471. Disponível em: [http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stj/stj\\_0471.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0471.htm). Acesso em 24/10/2014.

garantido pelo artigo 5º, inciso XLVI da Constituição da República. Não por menos, houve decisões <sup>127</sup> no sentido da inconstitucionalidade do §2º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, com redação dada pela Lei nº. 11.464/2007, de modo a possibilitar que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê, em casos de condenação por crime hediondo ou a ele equiparado, seja determinado individualmente, caso a caso, levando-se em consideração os fins da pena e as características individuais do agente.

---

<sup>127</sup> O caso mais recente foi o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do Espírito Santo, do processo de *Habeas Corpus* nº. 111.840, cujo acórdão encontra-se no Anexo 05.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº. 8.072/1990, apesar de ter fundamento no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, foi elaborada rapidamente para atender aos clamores populares e midiáticos da época, e foi aprovada sem qualquer discussão mais profunda. Esse desejo de acalmar uma população aterrorizada pelos “altos índices de criminalidade” fez nascer uma lei abarrotada de falhas técnicas, deficiente em sua estrutura e em seus valores que, aliás, colidem frontalmente com os princípios e garantias fundamentais previstos na própria Constituição da República.

É possível perceber que as alterações legislativas posteriores mantiveram a mesma sistemática da Lei de 1990: quando surgia uma nova inquietação por parte da população, fortificada pela atuação da mídia, uma nova lei trazia um novo crime para o rol dos crimes hediondos – mesmo que este não tenha qualquer semelhança com o sentido semântico do termo *hediondo*, quase sempre aumentando suas penas e tornando ainda mais severa as suas punições.

Os crimes que compõem o rol dos crimes hediondos foram escolhidos pelos legisladores de forma bastante específica. O homicídio, que não constava na redação original da Lei de Crimes Hediondos, foi nela incluído nas formas qualificadas e quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio após o assassinato de uma figura pública e as chacinas no Rio de Janeiro. Os crimes de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro e na forma qualificada, por sua vez, demonstram que as maiores penas do ordenamento jurídico brasileiro se destinam a crimes cujo bem jurídico é o patrimônio, e não a vida. O estupro, que não era considerado hediondo em sua forma simples até a alteração feita pela Lei nº. 12.015/2009, teve significativos aumentos de pena, e o estupro de vulnerável, que foi uma criação da referida lei de 2009, é considerado hediondo independentemente do consentimento do menor de 14 anos.

O crime de epidemia com resultado morte também é alvo de severas críticas, principalmente no que diz respeito ao aumento desproporcional da pena prevista, bem como o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, cuja análise resgata aquela primeira impressão de que os crimes foram escolhidos para comporem o rol do hediondos apenas para atender o clamor popular. Já o genocídio, considerado pela doutrina como o “crime dos crimes”, recebeu cominação penal relativamente branda.

A mais recente alteração na Lei de Crimes Hediondos foi a inclusão do crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável através da Lei nº. 12.978/2014, que muito pode ter a ver com a gestão de segurança pública dos “mega eventos” do Brasil, como a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016 no Rio de Janeiro.

Os crimes equiparados aos hediondos pelo dispositivo constitucional são a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo. O crime de tortura foi definido em lei quase 10 anos após sua equiparação feita pela Constituição de 1988 aos crimes hediondos. A Lei nº. 9.455 de 1997, no entanto, cominou penas relativamente brandas e contrariou a Lei de Crimes Hediondos ao estabelecer que o regime de cumprimento da pena do crime de tortura seria o inicialmente fechado, e não o integralmente fechado, conforme determinava a redação original da Lei nº. 8.072/1990. O tratamento penal extremamente severo em relação ao tráfico ilícito de entorpecentes também recebe diversas críticas, destacando-se a seletividade do proibicionismo das drogas. O terrorismo, por sua vez, não encontra definição em nenhuma lei do ordenamento jurídico brasileiro, e por isso, não obstante estar previsto no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição da República e no artigo 2º da Lei nº. 8.072/1990, qualquer tentativa de aplicação penal se torna inócua.

Além da questionável escolha dos crimes que compõem o rol dos crimes hediondos, a Lei nº. 8.072/1990 e suas demais alterações implantaram uma série de medidas excepcionais, como a proibição da anistia, da graça e do indulto, sendo que este último causa divergências quanto à constitucionalidade de sua vedação. A insuscetibilidade da fiança se manteve após a alteração trazida pela Lei nº. 11.464 em 2007 que suprimiu da Lei de Crimes Hediondos a proibição da concessão de liberdade provisória. Ademais, a determinação do artigo 2º, §1º, da Lei nº. 8.072/1990, que determinava que o condenado por crime hediondo ou equiparado devesse cumprir a pena em regime integralmente fechado também foi alterado pela Lei nº. 11.464/2007, após 17 anos de flagrante inconstitucionalidade e ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da individualização da pena.



## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEIXO, Klelia Canabravo. **Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral**. Bol. IBCCRIM, abril/2010, nº. 209

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, 2 ed., julho/2012.

BEMFICA, Thaís Vani. **Crimes Hediondos e Assemelhados: Questões Polêmicas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **A inconstitucionalidade da nova tipificação do crime de “sequestro relâmpago”**. RBCCRIM, São Paulo, jan/fev, 2010, v. 82.

\_\_\_\_\_. **Código Penal comentado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei nº. 11.343/2006**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHAUÍ, Marilena. **Simulacro e poder: uma análise da mídia**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.

CHRISTÓFARO, Danilo Fernandes. **O que se entende por analogia in malam partem?** Disponível em <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1064639/o-que-se-entende-por-analogia-in-malam-partem-danilo-fernandes-christofaro>. Acesso em 19/09/2014.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Roberto Jr.; DELMANTO, Fábio de Almeida. **Código penal comentado**, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

DOTTI, René Ariel. **Crimes hediondos e a progressão do regime de execução da pena privativa de liberdade**. Revista dos Tribunais, vol. 851, setembro/2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Allan Hahneman. **"Tolerância zero" e "lei e ordem": os ‘ditos’ e os ‘interditos’ do poder punitivo - Estado de Goiás de 2003 A 2009**. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3853.pdf>. Acesso em 23/10/2014.

FRAGOSO, Heleno. **Homicídio qualificado. Motivo fútil e motivo torpe**. Disponível em: [http://www.fragoso.com.br/eng/arq\\_pdf/heleno\\_artigos/arquivo21.pdf](http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo21.pdf)

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. **Crimes Hediondos**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HABIB, Gabriel. **O direito penal do inimigo e a lei de crimes hediondos**. Salvador: Juspodivm, 2013.

HASSEMER, Windfried. **A segurança pública no Estado de Direito**. Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos. Lisboa: AAFDL 1995.

JESUS, Damásio de. **Homicídio, crime hediondo e júri**. RT, 716, junho/1995.

\_\_\_\_\_. **O homicídio simples, crime hediondo e júri**. Tribuna do Direito, maio/1995.

\_\_\_\_\_. **O homicídio, crime hediondo**. Boletim do IBCCrim, São Paulo, 1994, nº. 22.

JR, Miguel Reale. **A inconstitucionalidade da lei dos remédios**, RT 763, maio/1999.

JÚNIOR, Cesar de Faria. **Crimes hediondos: a nova lei**. Fascículos de Ciências Penais, out./Nov./dez. 1990.

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**. Law Enforcement Against Prohibition LEAP Brasil. Abril 2010. Disponível em <http://www.leapbrasil.com.br/textos>

\_\_\_\_\_. **Para conter e superar a expansão do poder punitivo**. Veredas do Direito. Belo Horizonte, v. 3. n. 5, jan/jun 2005.

\_\_\_\_\_. **Pelo rompimento com as fantasias em torno dos delitos e das penas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 29, Janeiro/2000.

\_\_\_\_\_. **Drogas e redução de danos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 64, janeiro/2007.

LEAL, João José. **Crimes Hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei 8.072/90**. São Paulo: Atlas, 1996.

\_\_\_\_\_. **Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Crimes hediondos**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Tortura como crime hediondo especial**. Revista dos Tribunais, vol. 771, janeiro/2000.

\_\_\_\_\_. **Crimes hediondos: a lei 8.072/90 como expressão do direito penal da severidade.** Curitiba: Juruá, 2003

McALLISTER, William. **Drug diplomacy in the twentieth century.** New York: Routledge, 2000.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O direito internacional e o direito brasileiro em face do terrorismo.** Revista de Ciências Penais, vol. 15, julho/2011.

MOLL, Leandro. **O terrorismo no direito brasileiro: análise à luz da obrigação internacional de repressão do crime de terrorismo.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 80/2012, julho/2012.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MOTA, Maria Nazareth Vasques. **A Política Criminal: Faces da Justiça.** Disponível em:  
[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia\\_criminalidade\\_maria\\_vasques\\_mota.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_maria_vasques_mota.pdf).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 5 ed. São Paulo: RT, 2010.

PENTEADO, Jaques de Camargo. **Delação premiada.** Revista dos Tribunais, vol. 848, julho/2006.

RASSI, João Daniel. **A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 92, setembro/2011.

RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: um esboço histórico.** In: Álcool e drogas na história do Brasil. Renato Pinto Venâncio, Henrique Carneiro (Coord.). São Paulo: Editora Alameda, 2005

SÁ, Priscilla Placha. **Mal-estar de Arquivo: As polícias como Arquivistas do Soberano** (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal parte geral.** 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SENADO. **História do combate às drogas no Brasil.** Disponível em <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>. Acesso em 01/10/2014.

SILVA, Marisya Souza e. **Crimes hediondos e progressão de regime prisional.** Curitiba: Juruá, 2008.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos: o mito da repressão penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: ICC, Freitas Bastos, 2001.

## **7 ANEXOS**

**ANEXO 01**

Mensagem nº 976

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal, decidi vetar parcialmente, por contrariar o interesse público, o Projeto de Lei nº 39, de 1998 (nº 4.628/98 na Câmara dos Deputados), que "Acrescenta incisos ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, e altera os arts. 2º, 5º e 10 da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, e dá outras providências".

Ouvidos, os Ministérios da Justiça e da Saúde opinaram pelo veto ao inciso VII-A que o art. 1º do projeto pretendeu acrescentar ao art 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, com a redação que lhe deu a Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994.

“Art. 1º .....

VII-A - corrupção, adulteração, falsificação ou alteração de substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando-o nocivo à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo (art. 272, *caput* e § 1º-A e § 1º, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998);

.....”

#### **Razões do veto**

“O tipo penal previsto no art. 272, ao descrever as diversas condutas passíveis de punição, contempla a adulteração de produtos alimentícios que possa causar danos à saúde ou reduzir o seu valor nutritivo.

A última situação descrita – adulteração de produtos alimentícios com redução do valor nutritivo – poderá ensejar que se considere crime hediondo qualquer alteração, ainda que insignificante, de produto alimentício que acarrete a redução de seu valor nutritivo. A abertura textual do tipo penal sob análise pode permitir sua aplicação com amplo grau de subjetividade ou discricão. Tal fato já seria suficiente *per se* para se não recomendar a sua inclusão no rol dos crimes considerados hediondos. É fácil ver, outrossim, que uma análise acurada das conseqüências indica que, em muitos casos, tal qualificação acabará por afrontar a idéia de razoabilidade ou de proporcionalidade positivada, entre nós, no art. 5º, inciso LIV, da Constituição (princípio do devido processo legal).

É certo, outrossim, que a qualificação de uma dada ação ou omissão como crime hediondo não pode ser banalizada, sob pena de se retirar o significado específico que o constituinte e o legislador pretenderam conferir a esse especialíssimo mecanismo institucional.”

Estas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar em parte o projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Brasília, 20 de agosto de 1998.



**ANEXO 02**

## **Lei nº 12.015, de 7 de Agosto de 2009**

*Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.*

### **MENSAGEM Nº 640, DE 7 DE AGOSTO DE 2009.**

Senhor Presidente do Senado Federal, Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 253, de 2004 (nº 4.850/05 na Câmara dos Deputados), que “Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores”.

Ouvido, o Ministério da Justiça, manifestou-se pelo veto aos seguintes dispositivos:

#### **Parágrafo único do art. 218 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, alterado pelo art. 2º do projeto de lei**

“Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.”

#### **Razão do veto**

“A conduta de induzir menor de catorze anos a satisfazer a lascívia de outrem, com o fim de obter vantagem econômica já está abrangida pelo tipo penal previsto no art. 218-B, § 1º, acrescido ao Código Penal pelo projeto de lei em comento.”

#### **“§ 2º do art. 217-A e incisos I e II do art. 234-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, acrescidos pelo art. 3º do projeto de lei”**

“§ 2º A pena é aumentada da metade se há concurso de quem tenha o dever de cuidado, proteção ou vigilância.”

“I - da quarta parte se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;”

“II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, tio, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador da vítima ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;”

#### **Razões dos vetos**

“As hipóteses de aumento de pena previstas nos dispositivos que se busca acrescentar ao diploma penal já figuram nas disposições gerais do Título VI. Dessa forma, o acréscimo dos novos dispositivos pouco contribuirá para a regulamentação da matéria e dará ensejo ao surgimento de controvérsias em torno da aplicabilidade do texto atualmente em vigor.”

#### **Art. 234-. do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, acrescido pelo art. 3º do projeto de lei**

“Art. 234-C. Para os fins deste Título, ocorre exploração sexual sempre que alguém é vítima dos crimes nele tipificados.”

#### **Razões do veto**

“Ao prever que ocorrerá exploração sexual sempre que alguém for vítima dos crimes contra os costumes, o dispositivo confunde os conceitos de 'violência sexual' e de 'exploração sexual', uma vez que pode haver violência sem a exploração. Diante disso, o dispositivo estabelece modalidade de punição que se aplica independentemente de verificada a efetiva prática de atos de exploração sexual.”

Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar os dispositivos acima mencionados do projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

## **ANEXO 03**

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA  
D.J. 20.06.2003  
EMENTÁRIO Nº 2115-22

08/05/2003

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.795-6 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA  
REQUERENTE(S) : PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB  
ADVOGADO(A/S) : ITAPUÃ PRESTES DE MESSIAS  
REQUERIDO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO FEDERAL. INDULTO. LIMITES. CONDENADOS PELOS CRIMES PREVISTOS NO INCISO XLIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME. REFERENDO DE MEDIDA LIMINAR DEFERIDA.

1. A concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, limitado à vedação prevista no inciso XLIII do artigo 5º da Carta da República. A outorga do benefício, precedido das cautelas devidas, não pode ser obstado por hipotética alegação de ameaça à segurança social, que tem como parâmetro simplesmente o montante da pena aplicada.

2. Revela-se inconstitucional a possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação. Interpretação conforme a Constituição dada ao § 2º do artigo 7º do Decreto 4495/02 para fixar os limites de sua aplicação, assegurando-se legitimidade à *indulgencia principis*.

Referendada a cautelar deferida pelo Ministro Vice-Presidente no período de férias forenses.


A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, referendar a liminar deferida pelo Senhor Ministro Ilmar Galvão, nos termos do voto do Relator.

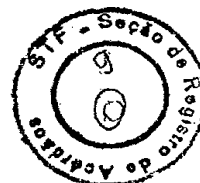
Brasília, 08 de maio de 2003.

MARCO AURÉLIO

PRESIDENTE

  
MAURÍCIO CORRÊA

RELATOR



08/05/2003

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.795-6 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA  
REQUERENTE(S) : PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB  
ADVOGADO(A/S) : ITAPUÃ PRESTES DE MESSIAS  
REQUERIDO(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: O Partido Trabalhista Brasileiro - PTB -, com base no artigo 103, VIII, da Carta Federal, propõe ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, tendo por objeto os incisos IV e X do artigo 1º e o § 2º do artigo 7º, todos do Decreto Federal 4495, de 04 de dezembro de 2002, que "concede indulto, comutação e dá outras providências". Eis o seu teor:

"Art. 1º É concedido indulto ao:

(...)

IV - condenado à pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2002, tenha cumprido ininterruptamente quinze anos da pena, se não reincidente, ou vinte anos, se reincidente;

(...)

X - condenado que se encontre cumprindo pena no regime semi-aberto e já tenha usufruído, no mínimo, de cinco saídas temporárias previstas no art. 122, incisos I e III, combinado com o art. 124, caput, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

(...)

Art. 7º Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam os:

I - condenados por crime hediondo, de tortura e terrorismo;

II - condenados por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins;

III - condenados que, embora solventes, tenham deixado de reparar o dano;



IV - condenados por crimes definidos no Código Penal Militar que correspondam às hipóteses previstas nos incisos I, II e III deste artigo; e

V - condenados por crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).


§ 1º As restrições deste artigo, do § 1º do art. 1º e do art. 3º deste Decreto não se aplicam às hipóteses previstas no inciso V do art. 1º.

§ 2º Aos condenados a pena privativa de liberdade aplicada não superior a quatro anos, não se aplicam as restrições deste artigo, cumpridas, todavia, as demais exigências (art. 1º, inciso I, e art. 3º, incisos I e II). "(Fls. 14/17).

2. Aduz o requerente que a possibilidade de indulto a presos que tenham cumprido 15 (quinze) ou 20 (vinte) anos da pena revela-se contrária ao direito de todos à segurança, previsto no artigo 6º da Carta Federal, dado que a libertação de "criminosos de larga perniciosa", sem critério de maior densidade, vai de encontro aos interesses de toda a sociedade e tem por objetivo único o esvaziamento do sistema penitenciário. Afirma que a concessão do indulto aos que se encontram em regime semi-aberto desconsidera a "necessária progressividade" na execução penal, colocando novamente em risco a segurança pública a que se refere o caput do preceito constitucional mencionado.

3. Também seria inconstitucional o artigo 7º, na medida em que seu parágrafo segundo possibilita a concessão do favor aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, em clara afronta ao inciso XLIII do artigo 5º e ao artigo 6º, caput, da Constituição Federal.

4. No período de férias, o Ministro Ilmar Galvão, no exercício da Presidência, deferiu em parte a medida cautelar, ad



ADI 2.795-MC / DF

*referendum* do Plenário, para afirmar que a regra do § 2º do artigo 7º do edito em exame "não se aplica aos crimes mencionados no inciso XLIII do artigo 5º da CF/88" (fls. 20/21)<sup>1</sup>.

5. O Presidente da República encaminhou as informações elaboradas pela Advocacia-Geral da União, nas quais se sustenta que o indulto é destinado a condenados que mereçam retornar ao convívio social, o que em um dado momento há de ocorrer, não podendo nesses

**1º DESPACHO:** Vistos, etc.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade que tem por objeto os arts. 1º, incisos IV e X; e 7º, § 2º, do Decreto n.º 4.495, de 04.12.2002, pelo qual o Presidente da República concedeu indulto natalino aos condenados nele especificados. Lê-se dos dispositivos impugnados, *in verbis*:

"Art. 1.º É concedido indulto ao:

(...)

IV - condenado à pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2002, tenha cumprido ininterruptamente quinze anos da pena, se não reincidente, ou vinte anos, se reincidente;

(...)

X - condenado que se encontre cumprindo pena no regime semi-aberto e já tenha usufruído, no mínimo, de cinco saídas temporárias previstas no art. 122, incisos I e III, combinado com o art. 124, caput, da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984.

Art. 7.º (...)

§ 2.º Aos condenados à pena privativa de liberdade aplicada não superior a quatro anos, não se aplicam as restrições deste artigo, cumpridas, todavia, as demais exigências (art. 1.º, inciso I, e art. 3.º, incisos I e II)."

Alega o Autor padecerem os dispositivos transcritos de inconstitucionalidade, por contrariedade ao art. 6.º, e o último, também, ao inciso XLIII do art. 5.º, ambos da Constituição.

Dada a urgência, são dispensadas, neste caso, as informações previstas no art. 10, caput, da Lei n.º 9.868/99.

Por meio do decreto ora impugnado, o Presidente da República exerceu a competência que lhe reserva o inciso XII do art. 84 da Constituição, competência essa que, obviamente, não pode ser considerada ofensiva ao direito social à segurança, consagrado no art. 6. da CF, como sustentado na inicial. A única limitação a esse poder está contida no inciso XLIII do art. 5.º da Carta, que considera "insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos..."

A questão não é nova neste Tribunal, havendo, ao revés, sido apreciada por ambas as suas Turmas, nos HCs n.ºs 81.380, Rel. Min. Maurício Corrêa; 81.565, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; e 81.567, Rel. Min. Ilmar Galvão, nos quais restou decidido que "a graça individual e o indulto coletivo -- que ambos, tanto podem ser totais ou parciais, substantivando, nessa última hipótese, a comutação de pena -- são modalidades do poder de graça do Presidente da República (art. 84, XII) -- que, no entanto, sofre a restrição do art. 5.º, XLIII, para excluir a possibilidade de sua concessão, quando se trata de condenação por crime hediondo" (cf. HC 81.565).

Registre-se, ainda, que o Plenário desta Corte, no HC n.º 77.528, declarou a constitucionalidade do inciso I do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, ao entendimento de que o termo "graça" previsto no art. 5.º, XLIII, da CF engloba o "indulto" e a "comutação da pena", estando, portanto, a competência privativa do Presidente da República para a concessão desses benefícios limitada pela vedação estabelecida no mencionado dispositivo constitucional.

O decreto sob enfoque, por isso mesmo, no art. 7.º, excluiu de seus efeitos os condenados por crime hediondo, de tortura e terrorismo; por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Entretanto, no parágrafo 2.º do referido artigo, colocou a salvo da restrição, de forma indiscriminada, os "condenados a pena privativa de liberdade aplicada não superior a quatro anos..." Patente, assim, no ponto, a plausibilidade do fundamento da inicial.

Assim sendo, hei por bem, *ad referendum* do Plenário, deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, para declarar que o dispositivo indicado não se aplica aos crimes mencionados no inciso XLIII do artigo 5º da CF/88."



ADI 2.795-MC / DF

termos significar ameaça à segurança social. Afirma, ainda, que o decreto não autoriza a concessão do benefício com relação aos apenados submetidos às restrições previstas no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição, sendo tal interpretação fruto de equívoco na leitura do artigo 7º da norma em causa (fls. 38/69).

É o relatório.





V O T O

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (RELATOR): Tenho por irretocável a decisão objeto deste referendo. Com efeito, afiguram-se desarrazoadas as alegações de que a concessão de indultos a presos que cumpriram mais de 15 (quinze) anos de pena ou que estejam em regime semi-aberto representa ameaça à segurança pública. Como se sabe, o tradicional indulto natalino traduz-se em cumprimento à competência constitucional reservada ao Presidente da República (CF, artigo 84, XII), que encontra limite apenas na vedação do artigo 5º, XLIII, da Carta Federal, razão pela qual não pode o ato ser considerado contrário à garantia social de segurança.

2. O indulto, modalidade de graça, como elementar, insere-se no exercício do poder discricionário de clemência que detém o Chefe do Poder Executivo, a evidenciar instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus, segundo a conveniência e oportunidade das autoridades competentes. Inaceitável pretender, dessa forma, que haja colisão entre o caput do artigo 6º e o inciso XII do artigo 84 da Constituição. A hipotética e subjetiva alegação de ameaça à segurança da sociedade não pode fundamentar limitação inexistente ao parâmetro constitucional que, como dito, restringe-se, por parte do Chefe do Poder Executivo, aos crimes hediondos, de tortura, tráfico de drogas e terrorismo.

3. Oportuno salientar que o decreto estabelece diversas condições para que o condenado possa obter o benefício, como não ter sofrido sanção disciplinar por falta grave e não estar sendo



processado por crime praticado com violência ou grave ameaça contra pessoa ou por aqueles descritos no artigo 7º do Decreto (artigo 3º, incisos I e II - fl. 15). Tais requisitos, por outro lado, são analisados e aferidos pelo juiz da execução penal, inexistindo a hipótese de libertação desmedida de presos perigosos como pretende fazer crer o requerente.

4. De igual modo, não procede a alegação de violação ao artigo 75, caput<sup>2</sup> e 33, § 2º<sup>3</sup>, ambos do Código Penal. Como se sabe, eventual ilegalidade não se resolve no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Ademais, a concessão de indulto aos que cumpriram mais de 15 (quinze) anos da pena e aos que estejam no gozo do regime semi-aberto (incisos IV e X do artigo 1º<sup>4</sup>), observadas as demais condições fixadas, não altera a pena máxima de 30 (trinta) anos prevista no ordenamento penal brasileiro, ou mesmo a regra de progressividade de regimes de cumprimento penal.

5. Finalmente, com relação ao § 2º do artigo 7º<sup>5</sup>, não há dúvida que a sua redação pode, em princípio, gerar eventual

<sup>2</sup>Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

<sup>3</sup>Art. 33 - ...

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

<sup>4</sup>IV - condenado à pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2002, tenha cumprido ininterruptamente quinze anos da pena, se não reincidente, ou vinte anos, se reincidente;

(...)

X - condenado que se encontre cumprindo pena no regime semi-aberto e já tenha usufruído, no mínimo, de cinco saídas temporárias previstas no art. 122 incisos I e III, combinado com o art. 124, caput, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

<sup>5</sup>Art. 7º Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam os:

I - condenados por crime hediondo, de tortura e terrorismo;

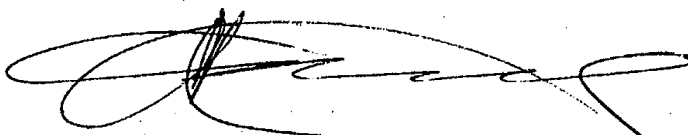
II - condenados por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins;

III - condenados que, embora solventes, tenham deixado de reparar o dano;

interpretação capaz de permitir a concessão do indulto aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, desde que suas penas não ultrapassem 04 (quatro) anos, malgrado o caput do artigo 7º e seus incisos I e II fixem a regra geral de impossibilidade de o benefício estender-se aos que cometeram tais delitos. Essa situação, contudo, que induziu a preocupação exposta na inicial, viola o inciso XLIII do artigo 5º da Carta Federal, conforme reiteradas manifestações desta Corte<sup>6</sup>.

6. Desse modo, ainda que não tenha sido essa a *mens* do ato impugnado nem seja a melhor exegese de seu comando, como afirmam a Advocacia-Geral da União e a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, e da mesma forma parece indicar a exposição de motivos que o inspirou, urge sanar quaisquer dúvidas para assegurar a correta e adequada aplicação da *indulgentia principis*, segundo os preceitos constitucionais que regem a espécie.

Ante essas circunstâncias, voto no sentido de referendar a cautelar deferida para, sem redução de texto, dar interpretação conforme a Constituição ao § 2º do artigo 7º do Decreto 4495, de 04/12/02, de tal sorte que suas disposições não se aplicam aos crimes mencionados no inciso XLIII do artigo 5º da Carta Federal.



IV - condenados por crimes definidos no Código Penal Militar que correspondam às hipóteses previstas nos incisos I, II e III deste artigo; e

V - condenados por crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

§ 1º As restrições deste artigo, do § 1º do art. 1º e do art. 3º deste Decreto não se aplicam às hipóteses previstas no inciso V do art. 1º.

§ 2º Aos condenados à pena privativa de liberdade aplicada não superior a quatro anos, não se aplicam as restrições deste artigo, cumpridas, todavia, as demais exigências (art. 1º, inciso I, e art. 3º, incisos I e II).

<sup>6</sup> HCs 81380, Maurício Corrêa, DJ 01/03/02; 81565, Pertence, DJ 22/03/02; 81567, Ilmar Galvão, DJ 05/04/02.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.795-6

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA

REQTE.(S): PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB

ADV.(A/S): ITAPUÃ PRESTES DE MESSIAS

REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, referendou a liminar deferida pelo Senhor Ministro Ilmar Galvão, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 08.5.2003.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio.  
Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

  
Luiz Tomimatsu

P/ Coordenador

**ANEXO 04**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Nº

***HABEAS CORPUS Nº 107.755 - PARANÁ***

**RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

**IMPTE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

**PACTE. : ROSNEY JESUS DE OLIVEIRA**

**COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Senhor Ministro-Relator:

1. O paciente foi preso em flagrante no dia 03.4.2008 pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006. Com o indeferimento do pedido de liberdade provisória pelo magistrado, foi impetrado *habeas corpus* junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e a Terceira Câmara Criminal concedeu parcialmente a ordem e revogou a segregação cautelar do paciente. Entretanto, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao REsp nº 1.181.227-PR do Ministério Público e cassou a decisão do Tribunal paranaense, conforme sintetizado na seguinte ementa:

PENAL. RECURSO ESPECIAL CONTRA DECISÃO CONCESSIVA DE *HABEAS CORPUS*. CABIMENTO. CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO DECORRENTE DA INAFIANÇABILIDADE PREVISTA CONSTITUCIONALMENTE. ART. 44 DA LEI 11.343/2006. REVOGAÇÃO PELA LEI 11.464/2007. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

I. Não há vedação constitucional expressa de interposição de recurso especial contra decisão concessiva de *habeas corpus*.

II. A nova redação do art. 2º da Lei 8.072/90, conferida pela Lei 11.464/2007 não representou revogação do art. 44 da Lei 11.343/2006, que veda expressamente o benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, impedindo a concessão da benesse para o réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado.

III. Compatibilidade da legislação ordinária com a Constituição Federal, eis que a proibição de concessão de liberdade provisória decorre da inafiançabilidade imposta constitucionalmente (art. 5º, XLIII).

IV. Recurso provido.

2. Questiona, então, a impetrante, em síntese, a validade do art. 44 Lei 11.343-2006, que veda a concessão da liberdade provisória aos crimes de tráfico de drogas, por entender incompatível com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que tem *status* de norma constitucional, como também com os arts. 1º, III, e 5º, XXXV, LIV e LVII, da Constituição Federal. Aduz, que sem a presença dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, é possível a concessão da liberdade provisória.

3. A liminar foi indeferida.

4. Penso que o pleito não deve ser acolhido.

5. Diferentemente do que entende o impetrante, conforme entendimento majoritário, a proibição da concessão do benefício de liberdade provisória para os autores do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art.

33<sup>1</sup>), prevista no art. 44<sup>2</sup> da Lei nº 11.343/06, é, por si, fundamento suficiente para a custódia cautelar, por se tratar de norma especial, estando em harmonia com o disposto no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Nesse sentido: “ *A vedação à liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas advém da própria Constituição Federal, a qual prevê a inafiançabilidade (art. 5º, XLIII), e do art. 44 da Lei 11.343/2006.*” (HC nº 104.155/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 03.11.2010). Destaca-se também:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu ao comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão ‘e liberdade provisória’ do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual. A proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.

2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, *caput*), aplicável à espécie vertente.

3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes.

4. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que as condições subjetivas favoráveis do Paciente, tais como

---

<sup>1</sup> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

<sup>2</sup> Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e **liberdade provisória**, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.



emprego lícito, residência fixa e família constituída, não obstam a segregação cautelar. Precedentes.

5. Ordem denegada.

(HC nº 103.715/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 24.3.2011)

6. Isso posto, opino pela denegação da ordem.

Brasília, 04 de maio de 2011.

**EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA**  
SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

*Tarcísio Burigo*

**ANEXO 05**

## HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI  
PACTE.(S) : EDMAR LOPES FELICIANO  
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### EMENTA

*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a

estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

Cópia

14/06/2012

PLENÁRIO

**HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. DIAS TOFFOLI</b>
<b>PACTE.(S)</b>	<b>: EDMAR LOPES FELICIANO</b>
<b>IMPTE.(S)</b>	<b>: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO</b>
<b>COATOR(A/S)(ES)</b>	<b>: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>

**RELATÓRIO**

O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator):

**Habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo em favor de Edmar Lopes Feliciano, buscando a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente.

Aponta como autoridade coatora a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC nº 200.779/ES impetrado àquela Corte, Relatora a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**.

Sustenta a impetrante, em síntese, que o paciente preencheria os requisitos exigidos no art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal para iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto, bem como que não teria sido fundamentada a fixação do regime mais gravoso.

Alega, ademais, que

“a fixação do regime semiaberto foi afastada com base na quantidade de droga apreendida, motivação já utilizada para negar a aplicação da minorante prevista na Lei 11.343/06. Considerando o raciocínio adotado em recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, o caso em debate retrata clara dupla valoração negativa, o que caracteriza ‘bis in idem’.” (fl. 11 da petição inicial).

Aduz, ainda, que, ao fixar a reprimenda, o Juízo processante igualmente negou a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, deixando de fundamentar sua decisão, tendo essa omissão sido indevidamente suprida pelo TJES, o que é vedado em sede recursal exclusiva da defesa.

Requer, liminarmente, a concessão da ordem para que *“seja autorizado o cumprimento em regime semiaberto da reprimenda imposta ao paciente”* e, ao final, que *“que seja fixado o regime prisional semiaberto para cumprimento da pena”* (fl. 12 da inicial).

Em 29/12/11, o Ministro **Ayres Britto**, Vice-Presidente, durante o período do recesso forense, indeferiu a medida liminar e dispensou as informações da autoridade coatora, solicitando-as, contudo, ao Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Cachoeiro de Itapemirim/ES, que foram devidamente prestadas.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mario José Gisi**, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

14/06/2012

PLENÁRIO

## HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO

### VOTO

#### O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, volta-se esta impetração contra ato da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC nº 200.779/ES, Relatora a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, o qual foi impetrado àquela Corte com o mesmo objetivo ora pretendido.

Narra a impetrante, na inicial, que:

“(…)

O Ministério Público do Estado do Espírito Santo ofereceu denúncia em desfavor de EDMAR LOPES FELICIANO, ora paciente, imputando-lhe o crime previsto no art. 33 c/c art. 40, inc. IV, ambos da Lei 11.343/06.

O paciente foi ao final condenado pela 1ª Vara Criminal da Comarca de Cachoeiro de Itapemirim/ES, apenas em relação ao delito do art. 33 da Lei de Drogas, a uma pena de 06 (seis) anos de reclusão em regime fechado (...).

Insatisfeito com a sentença, o paciente interpôs recurso de apelação. Debateu, entre outros (sic), a possibilidade de fixação de regime menos gravoso, tendo em vista o quantitativo de pena aplicado. Contudo, optou a Segunda Câmara Criminal do TJES por negar provimento ao apelo interposto pela Defensoria Pública.

(…)

Diante de tal quadro, a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo impetrou **habeas corpus** perante do (sic) Superior Tribunal de Justiça, que entendeu por bem denegar a ordem (...)” (fls. 2/4 da inicial).

Transcrevo a ementa do julgado proferido por aquela Corte de Justiça:

**“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.**

1. Inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 a paciente que não atende aos seus requisitos. Hipótese em que o Tribunal de origem negou o benefício invocando a natureza e quantidade de drogas apreendidas, asseverando que o paciente dedica-se a atividade criminosa. Tal conclusão não pode ser alterada na via eleita, por demandar o exame das provas.

2. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de que o juiz ‘na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente’.

4. Condenado o paciente por tráfico, em razão da natureza e grande quantidade de droga, o regime mais adequado é o fechado, embora a pena imposta seja de 6 anos de reclusão.

5. Ordem denegada.”

Essa é a razão pela qual se insurge a impetrante neste **writ**.

Entendo que, se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.



Deixo consignado, já de início, que tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33 c/c o art. 59 do Código Penal.

A progressão de regime, ademais, quando se cuida de crime hediondo ou equiparado, também se dá em lapso temporal mais dilatado (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 2º).

O Juízo de piso, no caso em exame, analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, estabeleceu a pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, no total de seis (6) anos de reclusão e seiscentos (600) dias-multa. Estabeleceu, por seu turno, o regime inicial fechado exclusivamente com fundamento no disposto na Lei de Tóxicos em vigor.

Não referiu aquele Juízo requisitos **subjetivos** desfavoráveis ao paciente, a quem considerou tecnicamente primário (fl. 20 do anexo de instrução 3), de modo a não se fazer necessário, neste **writ**, o revolvimento de fatos e provas para se concluir pela possibilidade da pretendida fixação do regime semiaberto para início de cumprimento da reprimenda carcerária imposta ao paciente pelo crime de tráfico de entorpecentes.

Indeferiu, ademais, a aplicação do privilégio estabelecido no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, sob o argumento de que as provas dos autos demonstrariam o envolvimento anterior do paciente no comércio ilícito de entorpecentes, o que conduziria à conclusão de que ele se dedicava àquela atividade criminosa.

O Tribunal capixaba, ao analisar o apelo interposto pela defesa, manteve intocado o **decisum** de primeiro grau, ressaltando que

“[n]o concernente ao regime prisional, também não merece reparos a sentença. Isso porque, para o crimes hediondos e equiparados cometidos após a vigência da Lei n.

11.464/2007, o regime inicial fechado de cumprimento de pena é obrigatório. Inteligência do § 1º, do artigo 2º, da Lei n. 8.072/1990 (STJ-5ª Turma, HC 106.296/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 22/06/2010). Por consectário, o regime inicial de cumprimento da respectiva pena é o **fechado**” (fl. 36 do anexo de instrução 3 – grifos conforme o original).

Como se vê, nada se disse quanto a condições pessoais desfavoráveis ao paciente que pudessem ensejar a fixação inicial de regime prisional mais gravoso.

O Superior Tribunal de Justiça, embora tenha reconhecido, em tese, a possibilidade de fixação de regime mais abrandado na hipótese de tráfico de entorpecentes – penso eu, de forma indevida, em sede de **habeas corpus** –, trouxe nova fundamentação para a manutenção, no caso específico, de regime mais severo, in verbis:

“(…)

Na hipótese, embora a pena tenha sido fixada em 6 anos de reclusão, tenho que o regime semiaberto não satisfaz a resposta penal.

Com efeito, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, o juiz ‘na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente’.

Assim, o regime que se mostra razoável, na espécie, é o fechado, ainda que o **quantum** da pena, em tese, autorize o semiaberto, haja vista a natureza (crack, cocaína e maconha) e a quantidade (42 ‘pedrinhas’ e 13 porções de maconha) das drogas apreendidas. (...)” (fl. 9 do anexo de instrução 5).

Ressalto que o Tribunal Pleno desta Suprema Corte, em 1º/9/10, ao analisar o HC nº 97.256/RS, da relatoria do Ministro **Ayres Britto**, por maioria de votos, declarou, **incidenter tantum**, a inconstitucionalidade dos arts. 33, § 4º, e 44, **caput**, da Lei nº 11.343/06, na parte em que

vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação por crime de tráfico de entorpecentes.

Transcrevo o teor daquele julgado:

**“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.** 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é

mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente."

No caso em questão, **pondero que a negativa de substituição calcou-se exclusivamente na vedação legal contida no art. 44 da Lei nº 11.343/06, sem qualquer menção específica às condições pessoais da**

**paciente**, o que, a meu ver, não se afigurava possível.

O legislador faculta a substituição de pena com base em critérios objetivos (a quantidade de pena cominada quando dolosa a infração e a inexistência de violência ou grave ameaça) e subjetivos (condições pessoais do agente do ilícito penal), e não em função do tipo do crime. Se houvesse a intenção, na Constituição Federal, de permitir que se proibisse por meio de lei a substituição consoante o tipo criminal, certamente tal restrição teria sido incluída entre as vedações feitas no inciso XLIII do art. 5º.

Portanto, do meu ponto de vista, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos deve sempre ser analisada independentemente da natureza da infração, em razão da quantidade de pena cominada para a infração, da presença ou não de violência ou grave ameaça e das condições pessoais do agente, por se tratar de direito subjetivo garantido constitucionalmente ao indivíduo.

Considerando o que decidido pelo Plenário deste Supremo Tribunal, parece-me que não se poderia, **em hipótese de tráfico de entorpecentes** ensejadora da aplicação de pena privativa de liberdade superior a quatro (4) anos, sustentar a **cogência absoluta** de que o cumprimento da reprimenda carcerária decorrente da prática do crime de tráfico se dê em regime inicialmente fechado, tal como preconizado no art. 1º da Lei nº 11.464/07, que alterou a redação do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.

Há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei nº 8.072/90. Dentre elas não se encontra nenhuma que verse sobre a obrigatoriedade de imposição do regime extremo para o início de cumprimento da pena.

No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena.

No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de

1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07.

A esse respeito, lembro as considerações feitas pelo eminente Ministro **Gilmar Mendes** no julgamento do RHC nº 103.547/SP (Segunda Turma, DJe 14/12/10):

“(…)

Consigno, por outro lado, que, como parte de suas razões de decidir, o Superior Tribunal de Justiça assentou que — após as modificações produzidas pela Lei n. 11.464/2007 — não haveria mais que se falar em constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado a condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei n. 11.343/2006, art. 33), haja vista a expressa determinação legal contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. Por oportuno, transcrevo esse dispositivo:

‘Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007).’

No ponto, ressalto que guardo reservas quanto ao

entendimento exarado pelo STJ e também quanto ao disposto nesse dispositivo.

Deveras, o STF já teve a oportunidade, por ocasião da análise do julgamento do HC n. 82.959/SP, de declarar, **incidenter tantum**, a inconstitucionalidade da antiga redação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, a qual determinava que os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados deveriam cumprir a pena em regime integralmente fechado. Naquele caso, ficou assentado que essa imposição iria de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI).

Pois bem, sobreveio a Lei n. 11.464/2007, que, ao promover mudanças no já mencionado art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, determinou que a pena agora fosse cumprida no regime inicial fechado.

É aqui que faço uma indagação: Esse dispositivo, em sua nova redação, não continuaria a violar o princípio constitucional da individualização da pena?

Essa discussão inclusive já vem sendo alvo de debates nas instâncias inferiores e inequivocamente acabará por ser trazida à apreciação desta Suprema Corte. Por isso, trago estas considerações em **obiter dictum**.

No ponto, destaco, ainda, à guisa de ilustração, julgado recente proferido pelo próprio STJ que, ao analisar o HC n. 149.807/SP lá impetrado, concluiu pela inconstitucionalidade desse dispositivo, ao fundamento de que, a despeito das modificações preconizadas pela Lei n. 11.464/2007, persistiria ainda a ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena e também da proporcionalidade.”

Parecem-me igualmente válidas as considerações feitas pelo Ministro **Og Fernandes**, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC nº 149.807/SP, **in verbis**:

“(…)

Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº

8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, o fato é que mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados – a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição. Enfim, deverá o Magistrado avaliar as circunstâncias do caso por ele analisado, não podendo impor, cegamente, o regime carcerário mais gravoso.

No processo de submissão da lei ao **filtro constitucional**, imposto ao julgador, cabe-lhe a defesa dos direitos fundamentais. Assim, se o preceito está em harmonia com a Constituição, válido é; se de interpretação dúbia, empresta-se aquela que melhor confira eficácia normativa à Carta Política; se não resiste ao embate com os seus princípios, é declarado inconstitucional. Isso porque não se pode salvar a lei à custa da Constituição, norma sabidamente de maior envergadura em um ordenamento jurídico.

É bem de ver, em primeiro lugar, que no Estado Democrático de Direito, a produção das normas deve se mostrar ajustada com o processo constitucional, matriz e bússola de navegação do devido processo legislativo.

Leia-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni, *in* 'Teoria Geral do Processo', 3ª ed., pp. 97/98:

'Já se deixou claro que a lei, no Estado contemporâneo, tem a sua substância condicionada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. Compreender a lei a partir dos direitos fundamentais significa inverter a lógica da ideia de que esses direitos dependem da lei, pois hoje são as leis que têm a sua validade circunscrita aos direitos fundamentais, além de só admitirem interpretações que a eles estejam adequadas. (grifei)

Isso obviamente representa uma reação contra o



princípio da supremacia da lei e contra o absolutismo do legislador. A forma normativa dos direitos fundamentais, ao impor o dimensionamento do produto do legislador, faz com que a Constituição deixe de ser encarada como algo que foi abandonado à maioria parlamentar. A vontade do legislador, agora, está submetida a vontade suprema do povo, ou melhor, à Constituição e aos direitos fundamentais... Note-se que, quando a norma não pode ser interpretada de acordo com a Constituição, evidentemente não há interpretação de acordo, porém necessidade de controle da constitucionalidade da lei.'

É preciso compreender, nessa linha de raciocínio, que os princípios, no que diz respeito a sua natureza, constituem-se verdadeiras normas jurídicas e, por isso, impõe-se-lhes observância, dada a sua força cogente.

Em casos como o presente, a aplicação literal do dispositivo inserido na Lei dos Crimes Hediondos, alheia às peculiaridades do caso concreto acarretaria inafastável ofensa aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da efetivação do justo. Isso porque se estaria a lançar o condenado a uma pequena sanção a cumpri-la no regime mais gravoso.

Relembrando as passagens do Eminentíssimo Ministro Nilson Naves, devemos todos 'evitar a ação criminógena do cárcere' (por exemplo, HC-144.117/MG, DJ de 30.11.09).

Foi no ano de 2006 que o Supremo Tribunal Federal, em paradigmática decisão plenária, declarou a inconstitucionalidade da proibição à progressão de regime prevista no art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos, assentando que tal norma afronta o **princípio da individualização da pena**. O aresto recebeu a seguinte ementa:

'PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado,

semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL.

**Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado.** Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.'

(HC nº 82.959/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06)

Resgato trecho do voto do eminente Ministro Eros Grau por entender pertinente com a matéria ora em análise:

'No que tange à proibição da progressão de regime nos crimes hediondos, afronta o princípio da individualização da pena (art. 50, XLVI), direcionado ao legislador, que não pode impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar, segundo sua avaliação, caso a caso, a pena do condenado que tenha praticado qualquer dos crimes relacionados como hediondos. Considere-se ainda a vedação da imposição de penas cruéis (art. 5, XLVII, 'e') e o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), sendo também certo que o cumprimento da pena em regime integral, por ser cruel e desumano, importa violação a esses preceitos constitucionais.'

Acentuou o Ministro Gilmar Mendes, na oportunidade, que 'o princípio da individualização da pena fundamenta um direito subjetivo, que se não restringe à simples fixação da pena

**in abstracto**, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização’.

O legislador pátrio, atento à referida evolução jurisprudencial, editou em 28.3.07, a Lei nº 11.464, que, modificando a redação da Lei nº 8.072/90, **derrogou a vedação à progressão de regime**, estabelecendo que a pena a condenados por crimes hediondos, tortura, tráfico de drogas e terrorismo devem ser descontadas apenas **inicialmente** no regime fechado.

No entanto, persistiu – e ainda persiste – a ofensa ao princípio da individualização pena. Ora, **se o dispositivo responsável por impor o integral cumprimento da reprimenda no regime fechado é inconstitucional, também o é aquele que determina a todos** – independentemente da pena a ser descontada ou das nuances do caso a caso – **que iniciem a expiação no regime mais gravoso**.

Ainda mais. A Lei não anda em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal.

É certo que neste Colegiado já contamos com alguns julgados no sentido ora defendido. Sejam exemplos, os **HC-130.113/SC**, Relator Ministro Nilson Naves; **HC-154.570/RS**, Relatora Ministra Maria Thereza; e **HC-128.889/DF**, Relator Desembargador convocado Celso Limongi. Deste último precedente, recupero a ementa:

**‘HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07. APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PENA DE CURTA DURAÇÃO. AMBIENTE DELETÉRIO E PREJUDICIAL À RECUPERAÇÃO DA CONDENADA. ORDEM CONCEDIDA.**

**1. Verifica-se que o delito fora praticado em 04/10/2007, quando a Lei nº 11.464/2007, que instituiu o**

**regime inicial fechado aos crimes hediondos e assemelhados, já se encontrava em vigor.** Contudo, o cumprimento de pena de curta duração em ambiente deletério é prejudicial à recuperação da condenada. O raciocínio a ser utilizado é o mesmo para a concessão do sursis, cabível nas hipóteses de pena inferior a 2 (dois) anos.

**2. Na situação em análise, na qual a paciente ostenta circunstâncias judiciais favoráveis, tendo sido condenada a cumprir pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, o regime prisional, à luz do artigo 33, § 2º, alínea 'c', deve ser o aberto .**

3. Ordem concedida para estabelecer à paciente o regime inicial aberto para o cumprimento de sua pena reclusiva. (HC-128.889/DF, Relator Desembargador convocado Celso Limongi, DJ de 5.10.09)''' **(destaques no original).**

No mesmo sentido, destaco os seguintes precedentes desta Suprema Corte sobre o tema:

**"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691. Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida"** (HC nº 101.291/SP, Segunda Turma, rel. Min. **Eros Grau**, DJe 12/02/2010 -destaquei).

“HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. EXCEÇÃO À SÚMULA 691/STF. REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006, VEDADA A SUBSTITUIÇÃO POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. SITUAÇÃO MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE. 1. Condenação, por tráfico de entorpecentes, a um ano e oito meses de reclusão, em regime fechado. Presença dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, bem assim ao regime aberto. Constrangimento ilegal evidenciado, justificando exceção à Súmula 691 desta Corte. 2. Redução de 1/6 a 2/3 da pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, vedada a substituição por outra restritiva de direitos. Situação mais gravosa ao paciente. Inaplicabilidade. Ordem concedida, parcialmente, de ofício, para garantir ao paciente a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, bem assim para que, caso haja reversão, o início da execução da pena privativa de liberdade se dê em regime inicial aberto” (HC nº 100.590/DF, Segunda Turma, rel. Min. Eros Grau, DJe 27/11/2009 – destaquei).

Feitas essas considerações, penso que deve ser superado o disposto na Lei dos Crimes Hediondos (obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado) para aqueles que preencham todos os demais requisitos previstos no art. 33, §§ 2º, b, e 3º, do CP, admitindo-se o início do cumprimento de pena em regime diverso do fechado.

Nessa conformidade, tendo em vista a declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, na parte em que impõe a obligatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento da pena aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados, **concedo** a ordem para alterar o regime inicial de

**HC 111.840 / ES**

cumprimento das reprimenda impostas ao paciente para o semiaberto.

Em consequência, determino que se oficie ao Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Cachoeiro de Itapemirim/ES para que tome as providências necessárias e comunique ao Juízo das Execuções Criminais competente o teor desta decisão.

É como voto.

Cópia

14/06/2012

PLENÁRIO

## HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO

### TRIBUNAL PLENO HABEAS CORPUS 111.840

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, nós não temos seis votos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Senhor Presidente, segundo o art. 173, parágrafo único, do Regimento Interno, para a concessão da ordem, se faz necessária - e isso é condição do meu voto - a declaração incidental de inconstitucionalidade do dispositivo.

O que diz o parágrafo único do art. 173:

"Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influenciar no julgamento [há três ausentes na data de hoje] este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o 'quorum'."

Portanto, eu proponho que seja suspenso o julgamento.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Esse é o dispositivo que já causou tantos impasses nesta Corte, impasses desnecessários.

A ordem está concedida, não é isso?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, não. Não porque o móvel da concessão é a inconstitucionalidade do preceito. A persistir o preceito, não se terá a concessão.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

O fundamento é a inconstitucionalidade. Eu não me sinto confortável sequer para sugerir uma liminar.

Cumpramos o Regimento. Suspendamos o julgamento.

**HC 111.840 / ES**

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -Há quantos votos pela concessão da ordem?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cinco.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Cinco. Não temos seis. Se tivéssemos seis...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Vamos suspender o julgamento e cumprir o Regimento.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Vamos suspender.

Está suspenso o julgamento deste processo para continuação ulterior.

\*\*\*\*\*